

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO EN LA  
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD, AREQUIPA 2016”**

**Tesis presentada por la Bachiller en  
Derecho: ROSA MARYMAR RONDÓN  
ARREDONDO**

**Para optar el Título Profesional de:  
ABOGADA**

**Asesor: Dr. Luis Guillermo Vargas  
Fernández**

**AREQUIPA- PERÚ**

**2017**

## EPÍGRAFE

*“Fue el tiempo que pasaste con tu rosa lo que la hizo tan importante”.*

*El Principito- Antoine de Saint-Exupéry*

## DEDICATORIA

*A Dios porque ha sido el compañero fiel durante toda mi vida, la fuente de esperanza y el aliciente diario que nunca me faltó.*

*A mi padre Alfredo Huamán, mi ángel del cielo, porque su compañía espiritual siempre supo darme las fuerzas y el consuelo necesario para seguir adelante,*

*A mi madre Rosa Arredondo, porque ha sido mi compañera incondicional y la inspiración para conseguir cada una de mis metas.*

*A mi hermano Miguel Ángel, quien me motivo día a día con su ejemplo de vida; a mi hermana Ana, quien es mi mejor amiga y aliada; y a mi hermano René quien siempre creyó que su hermana menor podía ser grande.*

*A Luis Baraybar, quien aprendió a ser el amigo y compañero fiel de un sueño interminable, siendo la firmeza durante las más duras tempestades.*

## ÍNDICE

RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUCCIÓN	

### CAPÍTULO I

#### LA FILIACIÓN DEL MENOR Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

1.1.	DEFINICIÓN DE FAMILIA .....	3
1.2.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FAMILIA .....	4
1.3.	DEFINICIÓN DE FILIACIÓN .....	10
1.4.	TIPOS DE FILIACIÓN .....	15
1.5.	LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO .....	18
1.6.	DERECHO A LA IDENTIDAD .....	24
1.7.	IDENTIDAD ESTÁTICA Y DINÁMICA .....	26
1.8.	DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD .....	28
1.9.	PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO .....	30

### CAPÍTULO II

#### IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD Y ADN

2.1.	CONCEPTO DE PRUEBA .....	34
2.2.	CONCEPTO DE PRUEBA ADN .....	34
2.3.	IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD .....	38
2.4.	PLAZO .....	40
2.5.	DERECHO A LA IDENTIDAD E IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD .....	41
2.6.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO FUNDAMENTO EN LA REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL .....	46
2.7.	LA PRUEBA DE ADN Y LA FILIACIÓN .....	48
2.8.	LA FILIACIÓN MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL Y LA PRUEBA DE ADN .....	50
2.9.	CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	52
2.10.	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS .....	52
2.11.	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS .....	53



2.12.	CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO .....	54
2.13.	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ .....	59
2.14.	CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES .....	63
2.15.	LEGISLACIÓN COMPARADA .....	66
2.15.1.	ESPAÑA .....	66
2.15.2.	ARGENTINA.....	69
2.15.3.	COSTA RICA .....	72

### **CAPÍTULO III**

#### **RESULTADOS: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA**

3.	ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA.....	76
3.1.	ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EN EL EXPEDIENTE 860-2002 LIMA .....	77
3.2.	ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL PROCESO DE AMPARO N° 4167-2011-CALLAO .....	79
3.3.	ANÁLISIS DE LA CAS. N° 1303-2013 San Martín .....	82
3.4.	ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 2726-2012-DEL SANTA.....	83
3.5.	ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 864-2014-ICA.....	85
3.6.	ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 3797-2012-AREQUIPA.....	86

### **CAPÍTULO IV**

#### **RESULTADOS DE LA ENCUESTA REALIZADA**

4.1.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS ABOGADOS DE AREQUIPA .....	88
------	---	----

CONCLUSIONES

SUGERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

## RESUMEN

La presente tesis está referida a la situación actual de la identidad del niño como derecho amparado por nuestra Constitución Política, dicho derecho nace desde el momento de la concepción, y a lo largo de nuestra vida debe ser reconocido y protegido por nuestro sistema jurídico; sin embargo en la actualidad existe la posibilidad de realizar un proceso de impugnación de paternidad, mediante el cual se va a reconocer el derecho de filiación del padre, por lo que este puede vulnerar el derecho constitucional de identidad del niño; es así, que se evidencia la problemática del conflicto dentro de nuestro sistema jurídico entre el derecho de identidad del niño y el derecho de paternidad.

Por el derecho a la identidad, el sujeto está facultado a que se le reconozca como el mismo y no como otro. El derecho a la identidad demanda que no existan normas jurídicas que obstaculicen que la persona sea tenida legalmente como hijo de quien biológicamente es el padre. El derecho a la identidad comprende la protección a una identidad dinámica, que vendrían a ser el conjunto de vivencias, actos, enseñanzas que forman la personalidad de la persona; y la identidad estática, que está conformada por todos aquellos datos e información que nos permiten reconocer a una persona.

Es esencial preservar el derecho a la identidad estática del niño, ante cualquier derecho que trate de colocar trabas a su adecuada aplicación en base a la justificación del derecho a la intimidad del presunto padre.

La prueba de ADN contribuye a preservar la verdad biológica del niño, así como su derecho a la identidad, sin embargo algunos presuntos padres buscan desnaturalizar el propósito de dicha prueba alegando la preeminencia de otros derechos entre ellos el derecho a la intimidad, sin embargo se debe tener en cuenta que en un proceso de filiación extramatrimonial en donde existe un conflicto de derechos, estos no pueden tener el mismo alcance de los derechos del niño, los cuales deberán prevalecer teniendo presente el interés superior del niño.

El ejercicio del derecho a la identidad colisiona en nuestro país con la impugnación de paternidad. Ante esta situación la Convención de los Derechos del Niño en los artículos 7 y 8 prefiere el derecho a la identidad. Además, frente a situaciones de conflicto de derecho debe buscar una interpretación armónica y conciliadora de diversos preceptos para que estas respuestas estén inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición

En este contexto la Convención sobre los Derechos del Niño establece el “Principio del Interés Superior del Niño”; y es el principio sobre el que se articula el régimen de protección a favor de la infancia. En consecuencia, el fundamento de la doctrina del Interés Superior del Niño es la protección especial.

Finalmente, el presente trabajo tiene relevancia humana, debido a que involucra a un sector de la sociedad como son las familias, ya que este trabajo tiene implicancias jurídicas esencialmente en la identidad del niño, así como en la impugnación de la paternidad.

#### **PALABRAS CLAVES:**

1. Derecho a la Identidad
2. Identidad del niño
3. Impugnación de paternidad
4. Interés Superior del Niño



## ABSTRACT

This thesis refers to the fact that today the identity of the child is a right that is covered by our Political Constitution, that right is born from the moment of conception, and throughout our life must be recognized and protected by our system legal; However, at present there is the possibility of carrying out a process of challenge of paternity, through which the right of filiation of the father is recognized, which may violate the constitutional right of the child's identity; Thus, the problem of conflict within our legal system between the right of identity of the child and the right of paternity is evident.

For the right to identity, the subject is entitled to be recognized as the same and not as another. The right to identity demands that there be no legal rules that impede that the person is legally held as the child of the biologically the father. The right to identity includes the protection of a dynamic identity, which would become the set of experiences, acts, teachings that form the personality of the person; And static identity, which is made up of all those data and information that allow us to recognize a person.

It is essential to preserve the right to the child's static identity, against any right that tries to place obstacles to its proper application based on the justification of the right to privacy of the alleged father.

The DNA test contributes to preserve the biological truth of the child, as well as his right to identity, however, some presumed parents seek to denature the purpose of this test by claiming the pre-eminence of other rights including the right to privacy, Take into account that in a process of extramarital affiliation where there is a conflict of rights, they can not have the same scope of the rights of the child, which must prevail taking into account the best interests of the child.

The exercise of the right to identity collides in our country with the challenge of paternity. In this situation, the Convention on the Rights of the Child in Articles 7 and 8 prefers the right to identity. In addition to situations of conflict of law should seek a harmonious and conciliatory interpretation of various precepts so that these responses are inspired by patterns of compatibilization and not opposition

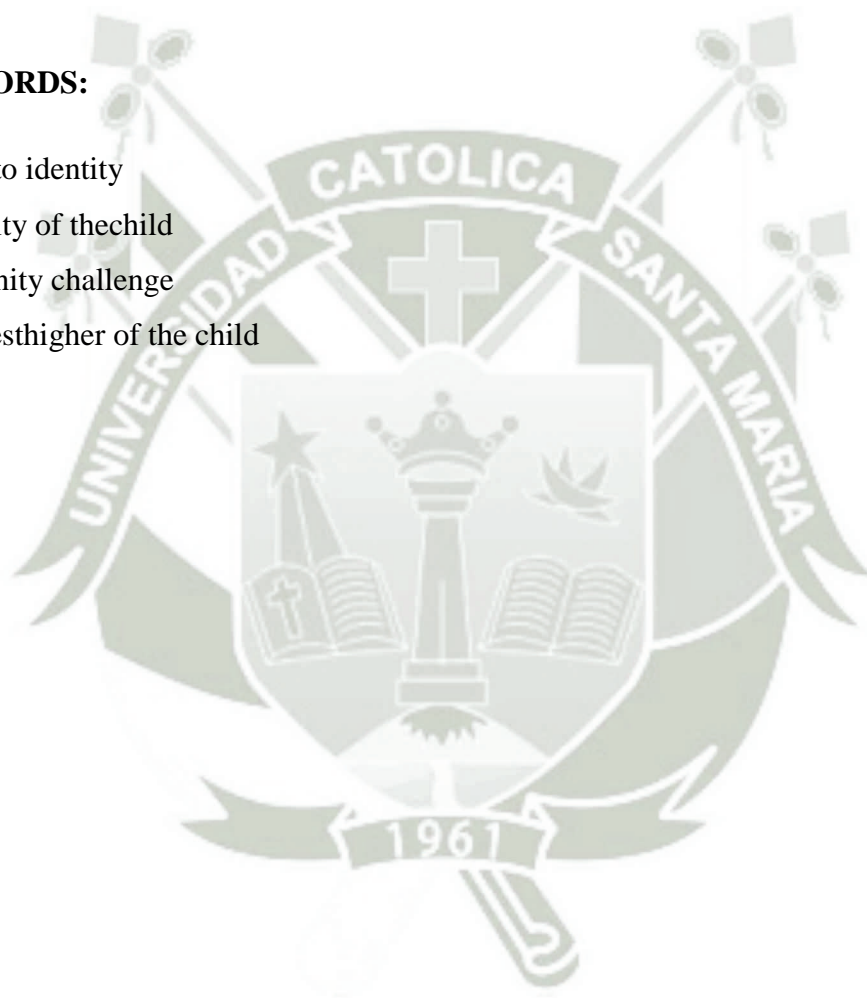


In this context, the Convention on the Rights of the Child establishes the "Higher Interest of the Child" and is the principle on which the protection regime for children is based. Consequently, the foundation of the doctrine of the Superior Interest of the Child is the special protection.

Finally, this work has human relevance, because it involves a sector of society as are the families since this work has legal implications essentially on the identity of the child as well as on the challenge of parenthood.

**KEY WORDS:**

1. Law to identity
2. Identity of the child
3. Paternity challenge
4. Interest higher of the child



## INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por finalidad conocer y profundizar los aspectos más relevantes sobre la importancia del derecho a la identidad del niño en los procesos de impugnación de paternidad.

En la actualidad se aprecia que existe escasa investigación sobre la filiación de los niños y es la razón principal porque nos inclinamos a asumir la elaboración de la presente tesis que se centra esencialmente en el derecho a la identidad y la impugnación de paternidad

Este trabajo para su mayor comprensión se encuentra dividido en cuatro capítulos. El primer Capítulo está referido al marco teórico y tratamos sobre definición de familia, antecedentes históricos de la familia, definición de filiación, tipos de filiación, la filiación en el Código Civil Peruano, derecho a la identidad, derecho del niño a la identidad, principio de interés superior del niño y concepto de prueba

En el segundo Capítulo se presenta concepto de prueba ADN, impugnación de la paternidad, plazo, derecho a la identidad e impugnación de la paternidad, el interés superior del niño como fundamento en la regulación de la impugnación de la paternidad matrimonial, la prueba de ADN y la filiación, la filiación extramatrimonial y la prueba de ADN, Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, Constitución Política del Perú, Código de los Niños y Adolescentes y legislación comparada. El tercer Capítulo está referido a la jurisprudencia sobre la presente temática y se efectúa el análisis de la misma.

En relación al cuarto capítulo se presenta los resultados de la investigación en base a una encuesta que se aplicó a los abogados de la ciudad de Arequipa.

Finalmente, en esta investigación entregamos las conclusiones, sugerencias, bibliografía y los respectivos anexos. La presente investigación ha sido efectuada con el mayor empeño y voluntad posible y por ello se espera alcanzar los mejores logros con el propósito de mejorar de manera constante nuestra calidad académica.

## CAPÍTULO I

### LA FILIACIÓN DEL MENOR Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

#### 1.1. DEFINICIÓN DE FAMILIA

Al termino familia se le asigna dos sentidos: un sentido amplio, por el cual se define a aquel grupo de personas que por naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno, y otro sentido estricto, según el cual se le considera como la agrupación de personas cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz; comprende a los padres y a los hijos<sup>1</sup>

En el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio<sup>2</sup> encontramos las siguientes acepciones:

La definición de Belluscio, en un sentido amplio:" Es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de alguno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto; y que, en un sentido más restringido, es el núcleo paterno filial o agrupación formada por el padre, la madre, y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad. Sin que quepa desconocer un concepto intermedio, en el cual la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella. Esta última definición es la que corresponde a la familia romana y que fue aceptada por las Leyes de Partidas, en que el grupo familiar estaba integrado incluso por los sirvientes"

La familia es un grupo complejo en constante evolución, que comprende miembros en distintas fases de desarrollo, unidos entre ellos por roles y funciones interrelacionados y diversificados.

---

<sup>1</sup> MANS, Jaime Y PUIGARNAU: *El Consentimiento Matrimonial*. Pág. 3

<sup>2</sup> OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Pág. 313



Los hermanos Mazeaud, definen la familia como “la agrupación de personas que unidas por vínculos de sangre o que siendo esposos viven bajo un mismo techo y obedecen a una misma autoridad; quien es el padre de familia”.<sup>3</sup>

Arturo Valencia Zea afirma que la familia es “el grupo de personas formado por el padre, la madre y los hijos que viven en comunidad doméstica”.<sup>4</sup>

“En el Derecho Romano el término familia, se designaba al grupo de personas sujetas de hecho y de derecho a la autoridad actual y soberana de un jefe, en cambio que en el Derecho Contemporáneo y en sentido restringido, la familia está constituida por los cónyuges y sus hijos, además que en este derecho contemporáneo también, integra la sociedad familiar otros parientes”.<sup>5</sup>

La familia es una institución que se encuentra en todas las sociedades, constituyéndose como la célula de la sociedad y la principal forma de organización de la vida personal, la cual se inicia con la unión matrimonial y el vínculo de parentesco; por lo tanto, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

## 1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FAMILIA

En relación a la familia primitiva se aprecia que esta figura jurídica es la más antigua e importante forma de agrupación de las personas; tan antigua como la humanidad misma. Primitivamente la razón de integración de los grupos era la religión y el culto a los antepasados, y no existían las razones naturales ni la generación, básicamente porque se desconocía toda relación natural que no fuera la existente entre la madre y su prole.

Los grupos familiares se agruparon en células más o menos numerosas, sometidos a la potestad del jefe de la tribu, que podía ser un varón o una mujer, según se tratara de organizaciones patriarcales o matriarcales.

Se aprecia que el matriarcado resulta de la admiración, el respeto, la envidia y el sentimiento de inferioridad que suscitaba la productividad natural de la mujer,

<sup>3</sup> PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Pág. 96.

<sup>4</sup> VALENZA ZEA, Arturo. *Derecho Civil Derecho de Familia*. Pág. 9.

<sup>5</sup> COELLO GARCÍA, Enrique, *Derecho Civil, Derecho de Familia*. Pág. 22

especialmente cuando todavía no se comprendía muy bien el papel exacto del hombre en la procreación. Cuando sólo la maternidad era indiscutible, sólo a la mujer podía referirse el principio de consanguinidad y ella ejercía el mando en el grupo familiar.

El patriarcado, caracterizado por la monogamia, la autoridad del padre en la familia, el dominio de los hombres, el respeto a la ley humana, el predominio del pensamiento racional y la voluntad de modificación de los fenómenos naturales por la mano del hombre, supuestamente representó un progreso sobre el mundo matriarcal, que privilegiaba los vínculos de sangre, de la tierra, la igualdad, el amor, la paz y la felicidad, y aceptaba pasivamente los fenómenos naturales.

Desde la más oscura y lejana historia encontramos las huellas de las mujeres, promotoras de la vida y constructoras de lo humano y noble. El poder matriarcal no es político pero la conservación del linaje fluye por la línea materna.

La gens griega parece ser el origen del sistema patriarcal. En Grecia antigua la familia estaba constituida por un grupo de personas cuya religión permitía invocar al mismo Dios y ofrecer comida fúnebre a sus antepasados comuneros.

En el Derecho Romano se entendía en su sentido propio por familia o *domus*: la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único.<sup>6</sup>

En Roma se daban diversos significados al vocablo familia. Suárez Franco<sup>7</sup> cita los siguientes:

- 1) Conjunto de personas unidas entre sí por vínculos de agnación. Nos referimos aquí al lazo que une a los parientes, el parentesco, y la sumisión a una misma autoridad;
- 2) Célula formada por individuos colocados bajo la potestad del pater familias, o bajo su patria potestad o manus; recordemos que el pater tiene todos los poderes familiares, y todos ellos absolutos: manus sobre la mujer, patria

---

<sup>6</sup> PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Pág. 96.

<sup>7</sup> SUÁREZ FRANCO, Roberto: *Derecho de Familia*, Tomo 1. Pág. 6- 11

potestad sobre los hijos, potestad sobre los esclavos, y mancipium sobre los ciudadanos romanos reducidos a condición servil;

- 3) Los individuos que tenían su origen común por descender de un mismo tronco;
- 4) el mismo patrimonio de la persona;
- 5) Los esclavos pertenecientes a una persona.

La familia se caracterizó en ambas culturas, griega y romana, por la cohesión entre sus integrantes, originada en el mismo culto a los antepasados, y por la autoridad ejercida por el padre o cabeza de familia, quien tenía un poder de corrección casi ilimitado, era el señor y soberano y no el padre de su familia. La familia se conservaba a través del varón y la mujerera considerada como el fin del linaje (fines familiae) porque no era jurídicamente idónea para perpetuar la descendencia.

En el Derecho Romano se estableció el “Tollere Liberum”, que era aquella ceremonia por medio de la cual el marido o jefe del grupo familiar aceptaba o rechazaba al recién nacido que era presentado; actitud que permitía ó impedía su entrada en la familia y que en algunos pueblos y por algunos autores ha sido interpretada como reconocimiento de la propia paternidad y origen del poder paterno.

Se aprecia que, en Roma, se trató a los hijos extramatrimoniales con demasiada severidad, pero a partir de que se expidió el Edicto Unde Copgnati el rigor comenzó a atenuarse, dicho edicto establecía las obligaciones que emergían del parentesco natural esencialmente de la sangre.

La evolución familiar se dio en el sentido de la limitación al poder paterno, al suprimirse los atributos de sacerdote y magistrado; la adquisición de derechos por parte de los hijos, tales como los sucesorios; y el reconocimiento de algunas prerrogativas a la mujer, sometida a la manus.



Con el advenimiento del cristianismo, a partir del emperador Constantino, la familia romana tuvo un carácter más humano y la autoridad del padre evolucionó hacia un concepto de deber para con los hijos y la esposa. La influencia de la doctrina cristiana prevaleció en el medioevo.

Se consideró como base de la familia la indisolubilidad del matrimonio, la asociación y el respeto mutuo entre los cónyuges y la autoridad del esposo sobre la esposa y los hijos.

Un cambio importante ocurrió en 1598, cuando se promulgó el Edicto de Nantes, mediante el cual se prohibió a los protestantes la celebración del matrimonio ante los ministros del culto, por lo que se vieron obligados a presentarse ante los oficiales laicos de la justicia civil para contraer nupcias; se produjo así la laicización de la institución matrimonial, hasta ese momento monopolio religioso.

La potestad del marido sobre la esposa (potestad marital) adquirió en la Edad Media un contenido tutelar, tanto en el campo patrimonial como personal; por su parte, el concepto de patria potestad evolucionó hacia formas de responsabilidad en beneficio de los hijos; deberes hacia los hijos sustituyeron el sentido de poder absoluto en cabeza del pater familias que había caracterizado este concepto en el derecho romano. Avanzado este período histórico, la patria potestad se extendió también a la madre, pero solamente en casos o bajo circunstancias especiales.

Con el surgimiento del Renacimiento y el movimiento filosófico de la Ilustración se producen cambios radicales en la organización social; la composición del grupo familiar se concreta a los padres y los hijos, quienes deben ser independientes. La moral natural que promovieron influyó notablemente en el Código de Napoleón, cuya influencia fue predominante para la evolución de los países europeos y las legislaciones latinoamericanas, basadas en su herencia.

La familia conserva su estructura monogámica matrimonial, pero se impone el matrimonio civil y, como consecuencia, se establece el divorcio. A partir de 1789 se tiende a la identificación paulatina de los derechos y obligaciones de los cónyuges, con la consiguiente desaparición de la potestad marital; la patria

potestad llega a ser compartida y la autoridad paterna entendida como poder llegar a desaparecer.

A pesar de esta evolución, muchas de las instituciones de origen romano mantienen su vigencia dentro de la estructura de las familias tradicionales. El padre continúa siendo el jefe del hogar y a él están supeditados tanto la esposa como los hijos, aunque a la patria potestad se le asigna un contenido legal más cercano a la tutela que al poder romano.

Uno de los efectos de la Revolución Francesa fue la promulgación del Código Civil o Código de Napoleón, en 1804, que tuvo gran influencia dentro de nuestro sistema legal. En materia de Familia, se ratifica la disolución del matrimonio por medio del divorcio; se ratificó la autoridad marital casi absoluta, confirmando la incapacidad de la mujer para el manejo de sus bienes. Reiteraron las diferencias entre los hijos, según el origen de las relaciones sexuales de sus padres. Basados en el Derecho Canónico, ratificaron las obligaciones de fidelidad, protección y ayuda mutua que se debían los cónyuges, negándole a la mujer el derecho a la sucesión testamentaria. La patria potestad fue absoluta y terminaba al llegar a la mayoría de edad, o por emancipación, o por matrimonio.

En 1816 se suprimió el divorcio, regresando a los principios sostenidos por la Iglesia; posteriormente, en 1864, se restableció nuevamente este instituto legal.<sup>8</sup>

En la Inglaterra del siglo XVII, el derecho de tutela (custody law) empezaba a desarrollarse. Se empezó usando el concepto de patria potestad, otorgaba poderes absolutos a los padres sobre sus hijos, y sólo a finales del siglo XVIII, se mudó hacia una nueva doctrina llamada *parens patriae*, la misma que reconocía que el Estado tenía cierta función parental al poder intervenir mediante sus tribunales en asuntos familiares con el fin de prevenir posibles daños. El Estado viene a adoptar, entonces, un rol protector de las relaciones de familia influenciado sin duda por las ideas de la Ilustración y el Romanticismo. Es dentro de esta doctrina que nació la idea de que el Estado debía actuar para proteger el “interés superior del niño”,

---

<sup>8</sup> GUITRON FUENTEVILLA, Julián: *Prospectiva del Derecho Familiar*. Pág. 13-14

lo que llevó muchas veces a desviarse de la presunción de que ser criado por el padre respondía al interés superior del niño en toda ocasión.

En el siglo XIX se adoptó en Inglaterra el Children Act de 1839, la doctrina de los Tender Years, que propuso que la tutela de un niño pequeño debía ser otorgada a su madre, por responder al interés superior del niño. En este sentido, el término “interés superior del niño en Inglaterra fue inicialmente usado como un eufemismo para denominar las presunciones preferidas del momento.

Se aprecia que a lo largo de los siglos XIX y XX los reformadores y filántropos extendieron la idea de que la niñez debía ser una etapa feliz, reconociéndose las necesidades especiales y características propias de los niños y hubo una preocupación especial por los niños “ilegítimos”, que vivían aquejados por la revolución industrial. De la mano con esto estaba, naturalmente, la búsqueda del interés superior de los niños en otros temas diversos como la tutela y la protección estatal de niños en estado de necesidad.

En 1946 el Parlamento Inglés estableció en su Constitución Política que la paternidad debía ser una obligación del padre con respecto a su supuesto hijo, fue el Primer Decreto que se emitió en el Derecho Constitucional Inglés regulando la paternidad.

En el derecho más reciente las instituciones otorgan cada vez un mayor sentido de obligación a los esposos, especialmente en cuanto se refiere a los hijos; así, se define como delito el abandono, se regulan las obligaciones alimentarias, el salario y el patrimonio familiar. Las leyes son, en general, más permisivas en materias como el divorcio, la equiparación o aproximación entre la filiación matrimonial y extramatrimonial y, en algunos países, la despenalización del aborto.

Es de destacar el aumento cada vez más acentuado de matrimonios que se disuelven mediante el divorcio, al mismo tiempo aumenta el número de parejas no casadas. El tipo de familia patriarcal parece ceder terreno ante la familia



contractual, basada en la igualdad de sus miembros a la hora de establecer el vínculo en el momento de la boda.<sup>9</sup>

### 1.3. DEFINICIÓN DE FILIACIÓN

El origen de la palabra filiación viene del latín filius, el cual quiere decir "hijos". En consecuencia, la filiación existe por el simple hecho de la procreación, hecho productor de vínculos jurídicos en los distintos ordenamientos jurídicos de las sociedades. Esta figura, específicamente la paternidad, implica tanto un hecho biológico como uno jurídico. Sin embargo, dicha correspondencia puede no llegar a darse, pues el estado de filiación no siempre es correlativo a la paternidad real, denominada biológica.

La filiación, en principio es una relación biológica entre padres y descendientes, la cual tendrá efectos jurídicos después de su establecimiento en la legislación.

Federico Puig Peña expresa que la filiación es el “nombre jurídico” que recibe la relación natural de generación, y está al traducirse al campo del derecho, “viene a producir consecuencias de particular relieve”, de tal manera que esa traducción “no es una mera tautología” o “solo un cambio de palabras”, sino que se origina “una verdadera investigación”, “un estado”, con el consiguiente entrecruces de derechos y obligaciones”.<sup>10</sup>

La filiación es una figura jurídica que se caracteriza por ser un hecho natural establecido en el ordenamiento jurídico y se inspira esencialmente en la protección del interés del hijo.

Y en un sentido amplio, la filiación incluiría el hecho de la mera procreación biológica, aunque no haya trascendido el campo jurídico como también los otros casos en que el derecho configura el emplazamiento paterno filial, así sea como resultado de las diferentes técnicas de procreación artificial cuando se acude lisa

<sup>9</sup> LA CRUZ BERDEJO José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco. *Derecho de Familia*. Pág. 24-29

<sup>10</sup> PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de derecho civil español*. T. II. Vol. II. Pág. 3

y llanamente a la figura adoptiva, en la que está ausente por completo la base biológica en las líneas maternas y paternas.<sup>11</sup>

De esta manera podemos afirmar que la filiación es aquel vínculo que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes; uniendo a los hijos con sus padres en base a una relación de sangre y derecho entre ellos.

Eduardo Zannoni define la filiación como "el conjunto de relaciones jurídicas que determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia".<sup>12</sup> Esto evidencia que se trata de una relación, tanto biológica como jurídica, que une a quienes incurren en el acto de la procreación con su hijo, producto de dicho acto.

El carácter biológico legal al que llamamos filiación, cobra su importancia en que toda persona tiene derecho a saber quién es su padre, no sólo desde el punto de vista biológico, sino también desde el punto de vista legal. Todas las personas tenemos un padre biológico, más no todos tienen un padre ante el Derecho.

José Matos señala: "la filiación establece el estado jurídico de ciertas personas, determinando las relaciones de familia".<sup>13</sup>

La filiación constituye una de las instituciones fundamentales de todo ordenamiento jurídico, quizá la más importante, pues "afecta a las personas en sus raíces más íntimas".

Cabe precisar que la filiación suele ser definida como "la relación entre dos personas que consiste en que una es padre o madre de la otra".<sup>14</sup>

La filiación, es entonces, la relación de descendencia existente entre dos personas, entre las cuales existe un vínculo biológico, social afectivo y cultural. Esta inicial realidad biológica, no obstante, es -a posteriori-abordada y regulada por el

<sup>11</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV. Pág. 311

<sup>12</sup> ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo II. Pág. 283.

<sup>13</sup> MATOS, José. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Pág. 385.

<sup>14</sup> CORRAL, Hernán. *Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la ley 19585*. Pág. 8

ordenamiento jurídico, debido a la trascendencia para la organización de la familia, la sociedad y el Estado.

También ha sido definida como “el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre, con su madre.”<sup>15</sup>

Jorge Angarita Gómez afirma que “la filiación es la dependencia de unas personas respecto de otras por haber sido engendradas por ellas.”<sup>16</sup>

Por ello la filiación es la relación existente entre dos personas; una de las cuales generalmente descende de la otra; es una relación que existe entre padre, madre e hijos, y se establece por los lazos de sangre o voluntad declarada, entre el hijo o hija y la madre y entre el hijo o hija y el padre, considerándose como la fuente principal de la familia, comprendiendo un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo o hija y constituyen también un estado jurídico, entendido como una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.

“La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos.”<sup>17</sup>

“El fundamento de toda filiación es el vínculo de sangre existente entre el padre y el hijo, proveniente de las relaciones sexuales, lícitas o ilícitas, de los padres. Hace excepción a esta regla la llamada filiación adoptiva.”<sup>18</sup>

Doménico Barbero expresa que: “la filiación es, ante todo, el hecho de la generación por nacimiento de una persona, llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se llama progenitores”<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> ROSSEL, Enrique. *Derecho de familia*. Pág. 15.

<sup>16</sup> ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Pág. 34.

<sup>17</sup> BOSSERT, Gustavo, y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. Pág. 439.

<sup>18</sup> RAMOS, René. *Derecho de Familia*. Tomo II. Pág. 389

<sup>19</sup> BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho privado*. Pág. 105.



Diego Espín Cánovas, señala que la filiación es aquella "relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera"<sup>20</sup>.

Planiol: "filiación es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea".<sup>21</sup>

Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, afirman que la filiación "...es aquella que se establece entre personas a quienes el derecho coloca en la condición de padre o madre y también en la de hijos".<sup>22</sup>

La filiación en sentido estricto puede definirse como aquella relación parental que vincula a padres e hijos. Sin embargo, desde el punto de vista del Doctor Héctor Cornejo Chávez, "(...) Es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos. Desde este punto de vista, que es el que particularmente nos interesa, la relación parental la que se denomina más propiamente paterno filial, pues si desde el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se llama paternidad o maternidad (...)"<sup>23</sup>.

La filiación es uno de los elementos fundamentales del estado civil de las personas. Surge de un lazo natural, que traducida al plano jurídico, da lugar a un instituto que delimita con los particulares las relaciones entre procreantes y procreados.

Asimismo, Enrique Varsi Rospigliosi, expresa lo siguiente: "(...) Dentro de todas estas relaciones parentales la más importante y la de mayor jerarquía es la filiación (del latín: filius, hijo). Se entiende ésta como la relación jurídica parental existente entre el padre y su hijo. Consustancialmente del ser humano, la filiación forma parte del derecho a la identidad. De ahí han ido surgiendo nuevos derechos que

<sup>20</sup> ESPINCA NOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español*, 7a. edición, Pág. 338.

<sup>21</sup> PLANIOL, Marcel. *Derecho civil*. Pág. 195

<sup>22</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Pág. 247.

<sup>23</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Pág. 357.

tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica y el derecho a conocer el propio origen biológico, prerrogativas ambas que son innatas en el hombre (juse minis naturae) (...)”<sup>24</sup>

Manuel Albaladejo afirma que:

"... a toda persona le pertenece por ley un cierto estado de filiación de sangre, el hijo de sus progenitores. Pero cuando esos no son realmente los que figuran como tales ante la ley, o cuando nadie figura legalmente como progenitor del hijo, la posición legal de los padres resulta ocuparla no por quienes deberían ocuparla, sino por quienes aparecen como progenitores".<sup>25</sup>

“La filiación es una de las instituciones fundamentales del Derecho de Familia cuya estructura se basa en dos hechos propios de la naturaleza: la unión sexual de hombre y mujer y la procreación de los hijos”.<sup>26</sup>

De acuerdo a Louis Demolombe, “la filiación es el estado de una persona considerada como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre”<sup>27</sup>.

Augusto Belluscio afirma que: “La filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con los progenitores”<sup>28</sup>.

La filiación significa entonces, emplazar a dos personas de distinto sexo en el estado de padre y madre y a una tercera en estado de hijo.

Por todo lo señalado entonces la filiación es la relación que une al hijo con sus progenitores, y si bien en el estado jurídico de la filiación se encuentra primeramente el hecho biológico de la procreación misma, el reconocimiento del derecho de este acto indudablemente es necesario para generar los respectivos efectos jurídicos entre el padre, sea biológico o no, y el hijo.

<sup>24</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Pág. 87.

<sup>25</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho de Familia*. Pág. 215

<sup>26</sup> LORENZO DE FERRANDO, María Rosa. *Derecho y Familia*. Pág. 9

<sup>27</sup> DOLOMBO, Louis. *Derecho Civil, Tratado Civil de las Personas*, Pág. 82

<sup>28</sup> BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de derecho de familia T. II*. 10a ed. Pág. 201

La filiación en sentido jurídico es definida como el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra; es decir, es la relación inmediata del padre o la madre con el hijo. Asimismo, la filiación es entendida como "el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró (paterno-filial) y la mujer que lo alumbró (materno-filial)."

En suma, el vínculo paterno-filial constituye un estado civil, basado principalmente en el nexo de reproducción biológica, y excepcionalmente en el vínculo consensual de la adopción.

#### 1.4. TIPOS DE FILIACIÓN

##### A) Filiación matrimonial

La filiación matrimonial hace referencia a los hijos nacidos durante la unión, por medio del vínculo matrimonial, de los padres.

Según el principio romano *mater Semper certa est*, la maternidad siempre es cierta, por lo que no hay problema en determinarla, dado que el parto y la identidad del hijo nacido son prueba más que suficiente para comprobarla<sup>29</sup>. Sin embargo, la paternidad presenta una seria dificultad, pues no cuenta con elementos de prueba tan evidentes y de fácil prueba como es el ADN.

La filiación matrimonial es el vínculo jurídico que surge entre un hijo y sus progenitores cuando la criatura ha sido concebida o ha nacido durante el matrimonio de ellos; también hay filiación matrimonial cuando en el acto del matrimonio posterior al nacimiento del hijo se reconoce a éste como tal.

Cabe precisar que la filiación matrimonial es aquella figura que determina en principio la relación filial de cada persona con sus progenitores habiendo éstos estado casados en el momento de la concepción o el nacimiento.

La filiación matrimonial es la forma más representativa de la figura jurídica de la filiación, ya que al estar dos personas casadas y dentro del matrimonio

---

<sup>29</sup> TREJOS SALAS, Gerardo Alberto. *Derecho de familia costarricense: Tomo II*. Pág. 41.



nace o se concibe una persona, surge inmediatamente una relación paterno-filial de esta última con las dos primeras y trae consigo los efectos propios de dicha figura.

La doctrina ha establecido la presunción relativa a la paternidad y la filiación, según la cual son hijos matrimoniales aquellos que nazcan después de cierto tiempo desde la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges que se encontraban separados judicialmente. Esta presunción también opera para los hijos nacidos de cierto tiempo después de la disolución del vínculo matrimonial o de la separación judicial y por último se establecen diversos supuestos bajo los cuales también se consideran como hijos matrimoniales los nacidos dentro de cierto tiempo que establece la norma de cada país, siempre y cuando el marido tenga conocimiento antes de casarse, del embarazo de su esposa, si lo consintió o si de igual modo lo admitió.

Sobre la filiación matrimonial también se han pronunciado nuestros tribunales, estableciendo que:

"El tema de la filiación y, dentro de éste, el de la paternidad han sido ampliamente debatidos en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, debido a las innumerables situaciones concretas que ofrecen y que reclaman una solución jurídica. La filiación, en tanto hecho biológico (natural), existe por igual en todos los seres humanos, pues, hasta ahora siempre procedemos de un padre y de una madre. En cambio, la filiación como hecho o calificación jurídica, presupone la certeza de la paternidad o de la maternidad para que pueda ser susceptible de producir efectos legales.<sup>30</sup> Por este motivo, la mayoría de las legislaciones han incorporado normas que regulan con detalle esta materia y a las que se les otorga carácter de orden público. Como parte de ellas se establece, en calidad de regla de principio, que el niño nacido dentro de un matrimonio, se presume habido en él.

---

<sup>30</sup> DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*. Pág. 380

## **B) Filiación extramatrimonial**

La filiación extramatrimonial es el vínculo jurídico que surge entre el hijo y sus padres quienes no se encontraban casado en el momento de la concepción ni en el nacimiento; determinado por el reconocimiento expreso de los padres o por sentencia judicial.

La filiación extramatrimonial es aquel vínculo jurídico que surge entre un hijo y sus padres quienes no se encontraban casados ni al momento de la concepción ni en el nacimiento de la criatura; la cual se determina por el reconocimiento expreso de los padres y por sentencia judicial.

En cuanto a las relaciones de orden personal entre el hijo extramatrimonial y sus padres estas se rigen por las mismas normas aplicables a los hijos matrimoniales, de tal manera que son considerados como iguales, regla que también es aplicable a los hijos adoptivos. Esta igualdad impera en todas las legislaciones de los países de tal manera que se busca una protección para todos los hijos, cualquiera que sea su calidad sin discriminarlos, esta ha sido la tendencia que han adoptado la mayoría de los países por no decir que todos.

Podemos afirmar que, si bien no hay norma expresa en todas las legislaciones, la filiación extramatrimonial en cada una de estas se presenta en el evento en que el hijo haya sido concebido y nacido fuera del matrimonio. Es así como las legislaciones objeto de nuestro estudio han establecido una normatividad bastante similar respecto a la filiación extramatrimonial sobre todo en lo referente a los hijos que gozan de dicha calidad, velando todos por el cuidado y protección de éstos, vemos, así como la idea de armonización en este tema es también como ya se observa posible y sobre todo viable.

En suma, la filiación extramatrimonial es aquella que se da fuera del matrimonio, producto de la procreación entre padre y madre, sin encontrarse estos unidos entre sí por el vínculo del matrimonio. A diferencia de la filiación matrimonial, en la extramatrimonial el hijo no nace amparado bajo una presunción, por lo que para establecer su paternidad debe recurrirse a

figuras de emplazamiento, tales como: el reconocimiento, el proceso judicial de investigación de paternidad y el trámite administrativo para el establecimiento de la filiación que se establece en la normatividad de cada país.

## **1.5. LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

### **A. FILIACIÓN MATRIMONIAL:**

El derecho a la verdadera filiación que se condice con el derecho a la identidad, demandan que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo.

El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer.

Sostenemos la vacuidad de acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí ninguna supuesta intimidad o privacidad, ni del padre, ni de la madre, ni la de ambos en común puede alegarse para frustrar los derechos del hijo, ni durante su gestación, ni después de nacido. Y entre sus derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo. Más allá de lo jurídico, de lo legal, de lo correcto, la única víctima del ocultamiento de la verdad es el niño.

En nuestro Código Civil se contempla que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento (Art. 1°) y tiene el derecho y deber a llevar un nombre, incluyendo los apellidos (Art. 19°), indicándose también que la prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros de estado civil (Art. 25°).



Cabe precisar que el artículo 396 del Código Civil peruano dispone que “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable”, lo que implica entonces que la ley privilegia la presunción de paternidad matrimonial a pesar de que la realidad diga que existe más bien una paternidad extramatrimonial.

Sin embargo, esta norma, se viene advirtiendo –sobre todo por parte de algunos jueces- colisionaría con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993, el cual establece que toda persona tiene derecho a la identidad.

Además, se debe tener en cuenta que existen diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que reconocen el derecho de toda persona a investigar su propia filiación; si bien estos fallos han sido dados en el marco de casos vinculados con el tema del Derecho de Familia, sus consideraciones son perfectamente extensivas al conocimiento de la verdad biológica como derecho individual.

Se observa que se ha generado una evolución, es producto de la idea de proteger a los hijos, cualquiera que fuese la situación de sus progenitores. De esta manera se establece el principio de igualdad de categorías de filiaciones o de unidad de filiación: todos los hijos tienen iguales derechos frente a sus padres.

De este modo siendo así y a partir del derecho del niño a conocer a sus padres que se impone como un principio rector de un sistema de libre investigación de la filiación, en el Código Civil se debería suprimir el sistema de causales determinadas para la investigación de la filiación y considerar que la relación jurídica determinada por la procreación, no presupone un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los progenitores. En otras palabras, el estado filial deberá encontrar como referencia, sólo la realidad biológica, pues la igualdad de los hijos elimina la posibilidad de calificar los vínculos en punto a su naturaleza como matrimoniales o extramatrimoniales. Todo ello, sin embargo, no impide que

la legislación se refiera a la filiación matrimonial y a la extramatrimonial, si lo hacen no es para discriminar entre una y otra, sino para distinguir el supuesto de hecho que exige referirse a estas, por la distinta solución legal que, en razón de supuestos de hecho, también diferentes, ha de consagrar en particular.

Se debe tener en cuenta que Alex Plácido señala que, se debe “afianzar el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, con prescindencia de las circunstancias fácticas en las que se desarrolló el acto procreativo, por la consideración primordial del interés superior del niño”, dándose preferencia a la realidad biológica independientemente de que la impugnación sea matrimonial o extramatrimonial.<sup>31</sup>

Se aprecia que los artículos 361 y 362 del Código Civil establecen que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tienen por progenitor al marido, y que dicho hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido y sea condenada como una persona adúltera.

Cabe precisar que en el supuesto que la mujer viuda haya contraído un nuevo matrimonio antes de los 300 días posteriores a la muerte de su anterior marido y conciba un hijo, dándose el dilema de a quién pertenece el hijo y que a los dos maridos habría que atribuir la paternidad. Al respecto el artículo 243 inciso 3) del Código Civil ha creado una nueva presunción por el cual se considera como progenitor al nuevo marido.

Dicha presunción de paternidad realizada en contra o a favor del segundo marido, en vez de resolver la confusión generada la agudiza y entra en contradicción con lo señalado en los artículos 361 y 362 del Código Civil por los cuales se atribuye la paternidad al marido anterior finado o divorciado.

Consideramos que lo más adecuado sería respetar el régimen legal de comprobación de la filiación matrimonial respetando a plenitud los artículos

---

<sup>31</sup> PLÁCIDO, Alex. *La Evidencia Biológica y la presunción de paternidad matrimonial*. Pág. 212 y 216.

361 y 362 del Código Civil y de esta manera si el nuevo marido considera que el hijo alumbrado por su mujer no ha sido procreado por él, sino por el anterior esposo, o si los herederos del marido fallecido consideran que el hijo alumbrado por la viuda no fue procreado por el causante de los mismos, no tendrían otra alternativa que realizar la impugnación o negar la paternidad con la que nació el hijo, todo ello de acuerdo a los artículos 361 y 362 del Código Civil.

## **B. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL:**

Con referencia a la filiación extramatrimonial debemos decir que no existe las facilidades y presunciones que privilegia a la filiación matrimonial, porque si bien ha dejado de ser considerada como una filiación inferior, se aprecia que su verificación o constatación no ha dejado de ser compleja, estando sujeta a dos alternativas concretas, que son las establecidas en el artículo 387 del Código Civil, que dispone el reconocimiento de los progenitores y la sentencia declaratoria de la paternidad como los únicos medios que posibilitan acreditar la filiación extramatrimonial.

Por lo tanto, de acuerdo a lo señalado en los artículos 386 al 417 del Código Civil tomando en cuenta las dos citadas alternativas, son pruebas de la filiación extramatrimonial las siguientes:

- a) El reconocimiento otorgado por parte del progenitor, o de la madre, o por ambos de manera conjunta.
- b) Se considera que a falta de reconocimiento solo es posible la acreditación de la filiación extramatrimonial, a través de la declaración judicial de la misma, sea de la paternidad o de la maternidad.

Si se efectúa una comparación, sobre la investigación judicial de la maternidad y de la paternidad extramatrimoniales, se aprecia que la más simple es la primera por estar sometida a la comprobación de dos extremos concretos, que son el hecho del parto y la identidad del hijo, tal como lo establece el artículo 409 del Código Civil, en tanto que no ocurre lo mismo



con la declaración judicial de la segunda, de la paternidad, por encontrarse sometida a causales taxativamente señaladas, como son las que tipifica el artículo 402 del Código Civil, a tal punto que existe riesgo de que muchos casos, por no encontrarse comprendidos en dichas causales, no se pueda establecer la paternidad extramatrimonial.

Se aprecia que la justificación de dicha diferencia en la forma de comprobar de modo judicial una u otra clase de filiación extramatrimonial, se debe porque la maternidad se manifiesta a través de hechos tan objetivos como son el embarazo y el alumbramiento, cuya duración y desarrollo se prolonga hasta un máximo legal de 300 días, en tanto que la intervención del progenitor en la procreación no se presenta con la misma objetividad y duración; de ahí que para evitar se incurra en decisiones injustas, la investigación judicial de la misma ha tenido que ser sometida a un régimen de severas limitaciones presunciones y causales.

Cabe precisar que existen dos formas de constatación de la filiación extramatrimonial: el reconocimiento voluntario de los padres y la investigación judicial o declaración judicial de la citada filiación.

En lo concerniente al reconocimiento voluntario, el progenitor o la madre, declara voluntaria y formalmente como suyo el hijo extramatrimonial que se le atribuye. Cuando no es posible esto, por la negativa o resistencia del progenitor o la madre, no queda otra alternativa que la investigación judicial, que autoriza al hijo para que la solicite sin la voluntad de los padres o contra ella.

Según la Ley 28457 “**Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial**”, es competente para conocer los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial el juez de paz letrado.

La nueva ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar en paternidad a favor de un tercero.

Este proceso se fundamenta en la efectividad y contundencia de los resultados genéticos a través de la prueba del ADN.

El sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido es de tipo abierto debido a que se admite la flexibilidad y también se admite todo tipo de pruebas. Se facilita la indagación, se reconoce la libertad en la averiguación del vínculo parental, sin ningún tipo de restricciones.

En consecuencia, nos encontramos frente a un nuevo estatuto filiativo en materia de paternidad extramatrimonial basado en el derecho a la identidad, en el interés superior del niño y en una sociedad con valores claros, que empiezan donde se inicia toda relación humana, la familia, donde debe primar el compromiso de los progenitores.

El proceso judicial solamente puede ser empleado para la paternidad extramatrimonial; no es aplicable a otro tipo de acciones filiales, debido a la existencia de una mayor carga procesal.

Cabe precisar que una manera de aligerar la carga procesal existente y lograr la aplicación inmediata de la ley; es adecuando los procesos de filiación en trámite, de acuerdo a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley: “Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente ley”.

En cuanto al trámite es aplicable al proceso de filiación de la paternidad extramatrimonial. Y el único que puede accionar es el padre.

La finalidad del proceso es controvertir los efectos del mandato de paternidad. Además, tiene calidad de facultativa. Pero la ley impone que se fundamente en el aspecto biológico. Se aprecia que el medio de defensa del requerido en paternidad, se sustenta exclusivamente en la prueba de ADN y existe el plazo de diez días siguientes al mandato de paternidad.

En cuanto a los efectos se tiene en cuenta la oposición fundada, si la prueba fuera negativa, condenándose al demandante a las costas y costos.

En lo concerniente a la oposición infundada, si la prueba fuera positiva, convirtiéndose el mandato en declaración judicial de paternidad y el emplazado condenado en costas y costos.

En cuanto a la oposición improcedente, si a los diez días de vencido el plazo el oponente no se realiza la prueba, por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente, convirtiéndose el mandato en declaración judicial de paternidad.

La Ley nro. 28457 nos ofrece una alternativa que nos permite reconocer la fuerza de los genes por sobre el formulismo legal. Además, esta ley es intimidatoria de la paternidad extramatrimonial, con aspectos negativos y positivos. Los primeros con mayor ventaja a los segundos porque son más los beneficiados que los perjudicados. Además, disuade la paternidad irresponsable y de esta manera se da las condiciones para la tendencia al reconocimiento voluntario.

## 1.6. DERECHO A LA IDENTIDAD

Se entiende como identidad al conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad.

El derecho a la identidad, es un derecho complejo. Por ello queremos representarlo como un núcleo en torno del cual el bien jurídico es protegido mediante la vigencia de un conjunto de derechos relacionados.

Carlos Fernández Sessarego afirma que la identidad personal es: “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”<sup>32</sup>.

El derecho a conocer a los padres resulta comprendido como uno de los atributos de la identidad de toda persona, la identidad en las relaciones familiares, se centra

---

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos *Derecho a la Identidad Personal*. Pág. 113.



en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad.<sup>33</sup>

Es el derecho que tenemos todas las personas de conocer por quienes hemos sido concebidos, lo cual abre la posibilidad de identificar a aquellos que nos dieron la vida. “De esta manera, se puede definir el derecho a la identidad como un derecho humano y por lo tanto fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades”.<sup>34</sup> Este derecho comprende diversos aspectos que distinguen a una persona de otra, incluyendo el derecho a tener un nombre y a la posibilidad de identificación a través de un documento de identidad. Así pues podemos asumir, la identidad personal supone reconocer a la persona como es ella misma, delimitada por sus propios caracteres físicos y su propio comportamiento.<sup>35</sup> Es pues o que constituye la verdad misma de la persona, no solo considerada individualmente, sino en su dimensión social, en relación con los demás.

El derecho a la identidad consiste en que todo niño tiene derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos<sup>36</sup>. El Estado tiene la obligación, cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, de prestar la asistencia y protección apropiada para permitir restablecer rápidamente reconocer a su hijo o hija en el momento de su nacimiento.<sup>37</sup> De esta manera podemos establecer que la identidad es lo que hace a alguien tener una referencia como ser pleno frente a los otros que forman la sociedad. No existe posibilidad humana de cambiar, suplantar o suprimir la identidad sin provocar un menoscabo en la personalidad de este nuevo ser.

---

<sup>33</sup> TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. *El interés superior del niño, ¿puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?* Pág. 125.

<sup>34</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético*. Pág. 226.

<sup>35</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético*. Pág. 227.

<sup>36</sup> MERINO MARTÍNEZ, Catalina. *El derecho a conocer el propio origen biológico*. Pág. 46

<sup>37</sup> SANTOS CIFUENTES, Carlos. *El derecho a la identidad y la influencia en Argentina*. Pág. 115.

## 1.7. IDENTIDAD ESTÁTICA Y DINÁMICA

Cada individuo se reconoce a sí mismo como persona y percibe, además, que su personalidad es diferente a la de los demás, para adquirir una identidad se necesita convivir con otras personas y sobre todo con la madre y el padre.

La protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial, debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.

“Está referido a la salvaguarda de la imagen personal, social y veraz de la persona, a través de rasgos y signos característicos que son inherentes a ella; estos rasgos son invariables en el tiempo y al proyectarse al mundo exterior, permiten a los demás conocer a la persona en sí misma, en lo que real y específicamente ella es”.<sup>38</sup>

El interés o derecho de todas las personas a su identidad biológica, supone la expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

Es necesario precisar que el derecho a la identidad personal comprende una faz estática y una faz dinámica. “La faz estática comprende aspectos de la personalidad tales como el origen, el sexo, el estado civil, la filiación, la imagen, etc.; mientras que la faz dinámica engloba aquellos aspectos que definen la personalidad proyectada hacia el exterior, tales como el bagaje intelectual, político, social, cultural, profesional, etc.”<sup>39</sup>. Según la doctrina, “ambos aspectos son inseparables, y no es posible la proyección histórico-existencial del hombre (aspecto dinámico), sin que encuentren debido resguardo los iniciales elementos de la primera identidad (aspecto estático)”.<sup>40</sup>

El término “derecho a la identidad” es una abstracción. La única forma de hacerlo efectivo, es conociendo nuestro origen biológico y cultural. Es decir que el

<sup>38</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Pág. 34

<sup>39</sup> NORA LLOVERAS Marcelo Salomón. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Pág. 143.

<sup>40</sup> NORA LLOVERAS Marcelo Salomón. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Pág. 141.

ejercicio del derecho a la identidad está íntimamente concatenado con el derecho que tenga el niño de investigar quiénes son sus padres biológicos. Por lo tanto, el derecho a la identidad personal comprende el derecho a conocer el origen biológico.

Consideramos que el derecho a la identidad, especialmente para niños, ha sido tradicionalmente interpretado como un derecho de la personalidad que se vincula con otros derechos derivados de la filiación, tales como el derecho a tener una nacionalidad, los derechos alimentarios, el derecho a mantener un vínculo con los padres.

Sin embargo, el derecho a conocer el origen biológico forma parte del derecho a la identidad genética que constituye aquella situación jurídica, en donde se protege la determinación del código genético de una persona, con la finalidad de conocer su filiación biológica mediante la investigación científica.

El derecho a la identidad mediante la determinación genética puede ser vital para preservar la salud del niño. Es un derecho que se desprende del principio de dignidad de las personas y del cual depende el libre desarrollo de la personalidad. En la actualidad, el derecho a la identidad del niño se concreta con el derecho a la verdad biológica mediante la prueba genética (ADN), por medio de la cual es posible establecer la filiación cierta.

En consecuencia, el derecho a la identidad comprende, entre otros aspectos, el derecho que tiene todo individuo de conocer su origen biológico, lo cual se traduce en el derecho a acceder a una investigación judicial para saber quiénes son sus padres y, consiguientemente, a tener la relación padre o madre e hijo, que surge del nexo biológico”.<sup>41</sup>

En efecto, toda persona para formar su identidad, requiere saber cómo fue concebida, cuál es su carga genética y la individualización de aquellos que le dieron la vida “de ahí, que es indiscutible que las personas puedan practicar las

---

<sup>41</sup> SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO, Paulina. *La Filiación en el nuevo Derecho de Familia*. Pág. 64



investigaciones acerca de su origen, y el Estado debe contribuir con los medios necesarios, para que se acceda a fuentes veraces de información”.<sup>42</sup>

De esta manera, el derecho a conocer el origen biológico o genético, a través del principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad, es el inicio o punto de partida para saber quién es, de dónde proviene y, en definitiva, determinar su filiación para formar la identidad del ser humano y desarrollarse con autonomía y libertad.

En lo concerniente a la identidad dinámica está referido a las creencias, los atributos y rasgos propios de la persona que se proyectan en el ámbito exterior y que posibilitan a los demás identificar a la persona dentro de la comunidad.

La identidad dinámica se sustenta en la libertad que se despliega en el tiempo esta identidad se da a través del tiempo, se enriquece o empobrece es decir se modifica. Este aspecto de la identidad se diferencia de la estática referida al caso del genoma humano, es invariable, inmodificable en el transcurso del tiempo

Por otro lado, es importante afirmar que el derecho a la identidad guarda una estrecha relación con el derecho a la verdadera filiación, este derecho demanda que no existan normas jurídicas que obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es el padre.<sup>43</sup> La investigación de paternidad está por encima de cualquier otro derecho, de esta manera, ante la colisión de derechos, el de la identidad debe prevalecer, en pro del interés superior del niño.

## **1.8. DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD**

Cada individuo se reconoce a sí mismo como persona y percibe, además, que su personalidad es diferente a la de los demás, para adquirir una identidad se necesita convivir con otras personas y sobre todo con la madre y el padre.

---

<sup>42</sup> LÓPEZ RIVERA, Gisella. *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*. Pág. 132

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Pág. 173.

La protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial, debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.

En lo concerniente al derecho a la identidad, Carlos Fernández Sessarego expresa "Se logró aprehender paulatinamente y por la mayoría de los juristas, que la identidad de la persona, de cada persona, no se limitaba a sus signos distintivos, sino que comprendía también todos sus atributos y calidades, sus pensamientos, siempre que ellos se tradujeran en comportamientos efectivos, en conductas intersubjetivas. Es decir, siempre que ellos se proyectaran socialmente".<sup>44</sup>

El derecho a la identidad y los demás derechos inherentes a la persona son irrenunciables por ser derechos fundamentales de todo ser humano.

Se puede afirmar que el derecho a la identidad se encuentra en las distintas Constituciones Políticas de los países y se vincula con el derecho a la identidad biológica y este derecho perdura para efectuar reclamos ante las instancias judiciales después el fallecimiento de un ser humano.

Es indudable que el derecho de identidad es un aspecto que se encuentra íntimamente vinculado con los asuntos sobre declaración de paternidad que incide en el esclarecimiento de la paternidad biológica.

Todo ser humano desde su nacimiento tiene derecho a una identidad, es decir, identidad física, identidad biológica, identidad personal y no es suficiente identificarse con un nombre, en lo que se refiere a sus componentes de pila y los patrimonios, esencialmente estos últimos elementos trascienden en la verdadera identidad biológica, que se consolida con el reconocimiento de sus padres para llevar el apellido paterno y materno, al que se incluye el nombre de pila y los demás datos que aparecen en la partida de nacimiento, como la fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad y todo ello demuestra la existencia de un ser humano.

---

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Derecho a la identidad personal», Astrea, Buenos Aires, 1992, p.113

Cabe señalar que el derecho a la identidad personal se extingue con la muerte o fallecimiento de la persona, por haber culminado su finalidad como ente viviente, deja de ser sujeto de derecho para convertirse en un objeto de derecho de connotación especial, digno de ser protegido. En otras palabras, el cadáver solo gozaría de protección jurídica especial.

Es indudable que el derecho a la identidad se caracteriza por su complejidad y es que tal derecho implica el derecho al nombre, derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares (conocer a sus padres y ser protegido por ellos).

La identidad es un derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico, el cual debe garantizarse a todos los seres humanos, entre los que se encuentran niños y adolescentes en tanto son reconocidos como sujetos de derecho.

En la actualidad el derecho a la identidad es amplio y complejo, lo que impone un reto a los operadores jurídicos que supone efectuar ejercicios de ponderación entre los principios que lo componen y examinar en cada caso concreto los conflictos pendientes que puedan darse en relación a los orígenes, el derecho al nombre, el derecho de conocer a los padres entre otros.

### **1.9. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

El Principio del Interés Superior del menor constituye un principio vinculante para todos aquellos que puedan influir o tomar decisiones respecto de situaciones en las que deban resolverse cuestiones que, de un modo u otro, afecten a menores.

Cabe puntualizar que el principio del interés superior del niño, debe ser entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible.

A través del Principio del Interés Superior del Menor se proclama que se entenderá por el mismo toda aquella acción que favorezca el desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad; siendo así, la familia es la parte que se encarga del desarrollo de



estas áreas en el menor, por lo tanto, es de absoluta importancia que para la aplicación de este principio se provea de un núcleo familiar al menor, por lo que el menor tendrá prioridad para recibir protección y socorro en toda circunstancia tanto de parte del Estado como de su familia

La expresión interés superior del niño significa que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.<sup>45</sup> Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. La referencia al interés del niño no necesita ser expresa y viene operando desde antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del niño.<sup>46</sup>

De esta manera podemos afirmar, que el legislador debe consagrar, como regla, la primacía del interés del niño por encima del interés de los padres biológicos y el de las demás personas que puedan verse afectadas. Se ha precisado que el niño tiene derecho a especial protección y, considerando sus derechos, que la tutela de los mismos debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir en cada caso, y por lo tanto, toda decisión sobre el tema, debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección.

El principio de interés superior del niño o de bienestar del niño o adolescente es un principio comprensivo y multifactorial, de tal manera que contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño en su entorno y a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño debe hacer a la sociedad. El interés superior del niño es el conjunto de bienes

---

<sup>45</sup> LANDA ARROYO, Cesar. *Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la cosa juzgada en el proceso de filiación*. Pág. 76.

<sup>46</sup> LANDA ARROYO, Cesar. *Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la cosa juzgada en el proceso de filiación*. Pág. 76

necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar.

Asimismo, el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Y además permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.<sup>47</sup>

Benjamín Aguilar Llanos explica que el principio del interés superior implica que, en cualquier medida, acción y/o política que se emita deba considerarse como prioritario lo que sea más conveniente para ellos y que ante considerar otro interés debe preferirse el interés del niño. Su supervivencia, protección y desarrollo debe estar por encima de todo. Así, es enfático al señalar que el interés torna a las normas que atañen al infante en normas de orden público, es decir, de obligatorio cumplimiento<sup>48</sup>.

El interés superior no es un derecho subjetivo o sustancial *stricto sensu*, sino que es un principio de interpretación que debe ser usado en todo tipo de medidas que conciernan a los niños.

Cabe precisar que el interés superior del niño debe ser entendido como principio y como garantía es decir como vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos. Por esa razón, se le denomina principio- garantista.

Con referencia al término superior, podemos afirmar que el dicho calificativo superior hace pensar en un absoluto y en mejor. El interés superior del niño se encuentra protegido por diferentes derechos subjetivos que le dan forma y fuerza al principio<sup>49</sup>. En definitiva, lo que se propone con la idea rectora o con el principio

---

<sup>47</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Pág. 97

<sup>48</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho*. Pág. 219

<sup>49</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. *El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor en la investigación de la filiación*. Pág. 84.

del interés superior del niño es, que la consideración de dicho interés debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten.

Gloria Baeza define este principio como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”.<sup>50</sup>

Se considera que el interés superior del niño es el principio jurídico que permite la satisfacción de los derechos específicos del niño, otorgándole efectividad y exigibilidad.

Cabe precisar que el interés superior del niño descansa sobre dos bases sólidas, por un lado, es una garantía del cumplimiento y consecución de los derechos del niño y, por otro lado, es un principio y como tal, es obligatorio para toda clase de autoridad, constituyéndose en una auténtica limitación al poder de discrecionalidad de la misma.

El interés superior del niño es el cumplimiento de todas las condiciones para que este se desarrolle integralmente y se garantice el goce de sus derechos, podríamos sostener que puede ser discutible que este principio resulte protegido con una normativa que restringe la posibilidad de que el niño cuente con su verdadero estado filiatorio: sea reconocido por su verdadero padre y no se limite la acción de su madre o padre para poder efectuar tal reconocimiento. Es decir, en el caso tipo que refleja la normativa, contemplando el plazo estipulado y el que el niño es recién nacido, ante la situación de que la mujer tuviese un hijo extramatrimonial y el padre biológico quiera reconocerlo, tanto la madre y el padre biológico se verían impedidos por la norma, hasta que el marido, haya impugnado su paternidad y obtenido sentencia favorable. Ello, se agrava más aún, si la madre convive con el padre biológico y el hijo de ambos, siendo que mantienen una vida familiar y el hijo ostenta la posesión constante de estado; sin embargo, su estado filiatorio no se coteja con la realidad biológica en el registro. Ante esta situación ¿el interés superior del niño queda protegido por la normativa? Creemos que no.

---

<sup>50</sup> BAEZA CONCHA, Gloria. *Jura Gentium*. Pág. 93



## CAPÍTULO II

### IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD Y ADN

#### 2.1. CONCEPTO DE PRUEBA

Francesco Carnelutti afirmó que en el lenguaje común la palabra “prueba” se usa como comprobación de la verdad de una proposición, pues sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada, pero en rigor debe diferenciarse del procedimiento empleado para la verificación de esa proposición afirmada. Es decir, de la actividad probatoria, y para hacer palpable esa distinción, se ejemplifica esa noción común de la prueba de la siguiente forma: en una operación aritmética cualquiera, al verificarse su resultado mediante otra operación, surge la prueba, cuyo objetivo es la verificación del resultado afirmativo. Entonces, una cosa es la prueba, es decir, la comprobación del resultado y otra es la actividad mediante la cual se va a conocer el resultado de dicha operación aritmética, porque este conocimiento no es la prueba, pero da la prueba del resultado afirmativo.<sup>51</sup> De la misma manera Manuel Mateos Alarcón afirma que la prueba es la demostración legal de la verdad de un hecho”<sup>52</sup>

“Probar es aportar el proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos”; mientras que por prueba judicial debe entenderse como todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.<sup>53</sup>

#### 2.2. CONCEPTO DE PRUEBA ADN

El ADN, es una gran molécula que representa nuestra primera célula de identidad, un verdadero documento biológico que nos identifica como seres únicos<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> CARNELUTTI, Francesco; *La Prueba civil*. Pág. 39 y 40

<sup>52</sup> MATEOS ALARCÓN, Manuel. *Las pruebas en Materia civil, mercantil y federal*. Pág. 2.

<sup>53</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial. T. I*. Pág. 36

<sup>54</sup> MAGALDI, Nuria. *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*. Pág. 60

Se considera que el ADN es el ácido desoxirribonucleico responsable de contener toda la información genética de un individuo o ser vivo, información que es única e irrepetible en cada ser, ya que la combinación de elementos se construye de manera única. Este ácido contiene, además, los datos genéticos que serán hereditarios de generación en generación, por lo cual su análisis y comprensión es de gran importancia para realizar cualquier tipo de investigación científica que verse sobre la identidad o sobre las características de un individuo y en este caso sirve para poder impugnar una paternidad.

Esta prueba se dirige directamente a la molécula del ADN, la cual, como si fuera un disco magnético de computadora, lleva codificada la información genética, que se hereda por mitades de la madre y del padre. Por lo demás se comprobó que desde la célula inicial – el cigoto, formaba con la unión del ovulo y el espermatozoide de los progenitores inmediatos de un individuo- todas y cada una de las restantes células poseen la mentada sustancia.” Para determinar el nexo biológico paterno filial, por ejemplo, se extrae una muestra, generalmente sanguínea del hijo, de la madre y de los posibles padres, para compararlas entre sí.

“Las muestras para la tipificación del ADN pueden provenir de cualquier tejido del cuerpo (pelo, huesos, saliva, espermatozoide, piel, órganos, etc.) generalmente se obtiene por punción venosa. En la actualidad no es necesaria la punción venosa para extraer sangre, y el método que se va imponiendo es la determinación del ADN por hisopado de la mucosa bucal, en este método mal llamado de la saliva, se permite obtener miles de células mediante un suave raspado -de escasos minutos- de la parte interna de la mejilla”.<sup>55</sup>

Los cromosomas humanos son los empaques que acomodan y contienen el ADN de cada individuo. Ese contenido genético del ADN es la expresión hereditaria recibida a partes iguales de ambos padres. Como resultado de esas aportaciones,

---

<sup>55</sup> *CHIERI, Primarosa Y ZANNONI, Eduardo A. Prueba del ADN. Pág. 26.*

es que podemos identificar la composición del material genético de los padres en el ADN del hijo”.<sup>56</sup>

La prueba biológica que actualmente se calcula con la técnica del polimorfismo molecular del ADN permite otorgar un grado de certeza elevadísimo en la inclusión o exclusión de paternidad o de maternidad en su caso. Es de destacar que este sistema ya no requiere de la punción venosa, lográndose los mismos resultados a través del hisopado bucal, método que resulta no invasivo e indoloro que permite echar por tierra los argumentos expuestos por el presunto progenitor, para evadir sus obligaciones y responsabilidades como tal.

El análisis del ADN, consiste en obtener el mapa genético de la persona y compararlo con el del supuesto hijo; los datos obtenidos permiten arribar a la afirmación o negación de la paternidad o maternidad.

El origen de una persona sólo puede ser determinado a través de una verdad biológica, y aun cuando la figura jurídica de la filiación no se basa necesariamente en un hecho biológico sino en situaciones jurídicas como el reconocimiento o la posesión de estado, en los juicios de investigación o reconocimiento de la paternidad debe pretenderse encontrar verdades históricas o biológicas que precisen dicha paternidad. En estricto sentido, el análisis genético de ADN constituye la única prueba certera y fehaciente para determinar la paternidad al sustentarse en los datos biológicos de las personas, con lo que se atiende a la verdad histórica de las cosas y no a presunciones que en algunos casos pudieran dar lugar a errores materiales.

La prueba del ADN, analiza la información genética del hombre que se traslada en el ácido desoxirribonucleico (ADN).

Este ácido conforma los cromosomas, y procede de la mitad del padre y mitad de la madre. Las características de la persona son el resultado de una mezcla o combinación de la información genética aportada por el óvulo y espermatozoide. Por ello se refiere a una sustancia fuertemente identificadora que se extrae de

---

<sup>56</sup> COSTAS LUGO, Carolyn. *Las pruebas del ADN y su justo valor probatorio*. Pág. 382.



cualquier fluido o resto de la persona y del que se puede estudiar su carátula genética; ya que una vez efectuados los pasos técnicos precisos, da lugar a la determinación de una especie de “código de barras” que se comparan para observar la posible compatibilidad genética. Por ello se aprecia que la técnica de ADN es un procedimiento sencillo y posibilita determinar la paternidad en forma absoluta.

En consecuencia, las pruebas biológicas, constituyen un medio científico de un importante valor por su fiabilidad, con la cual se puede excluir totalmente la paternidad, o afirmarse la misma con un porcentaje de acierto de casi el 100%, dependiendo de los marcadores genéticos utilizados y del número de los mismos.

Es importante indicar que en los procesos de filiación en donde se admitan pruebas científicas, no siempre habrá una prueba directa de la paternidad y éstas podrán declararse de los demás medios de prueba de filiación que hasta la actualidad se han empleado; tales como el reconocimiento, la posesión de estado, la presunción, entre otros, probando de este modo directamente un hecho y, de forma indirecta, la filiación. Toda vez que la legislación establece que solo se trata de una presunción que será valorada en el proceso.

La prueba del ADN se basa en el análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre, del niño y del presunto progenitor. Si se conocen los perfiles genéticos de la madre y de su hijo, el perfil genético del progenitor puede ser deducido con certeza casi total.

La prueba ADN es la forma más precisa para determinar la paternidad. Si los modelos ADN entre el niño y el presunto progenitor no aparecen en dos o más sondas, entonces el presunto padre es excluido 100% lo que significa que él tiene una probabilidad de 0% de paternidad - no puede ser el padre biológico del niño.

Si los modelos ADN aparecen entre la madre, el niño y el presunto padre con cada sonda, entonces podemos calcular una probabilidad de paternidad de 99.9% o más. La mayor parte de las cortes/jurados de los Estados Unidos aceptan resultados de 99.0% como evidencia de paternidad.

Se considera que la prueba del ADN es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad y se puede efectuar por razones legales, médicas o personales siempre dentro de la máxima discreción y privacidad.

En consecuencia, de este modo se beneficia a las mujeres que buscan reconocimiento de filiación para sus hijos. También es solicitada por varones que aspiran a demostrar que están siendo acusados falsamente de ser padres biológicos de un niño que es imputado como suyo. Algunos varones simplemente la emplean para absolver una duda antigua (muchas veces sin conocimiento de la madre). De igual manera es una prueba empleada en litigios por razones de herencia, casos forenses, entre otros.

El ADN presenta características propias:

- Es único para cada individuo, es decir, es casi imposible encontrar otro ser en este mundo que tenga el mismo perfil genético, a excepción de los gemelos univitelinos.
- Es el mismo en todas y cada una de las células del organismo: la sangre, los cabellos, la piel, los huesos, etc., poseen el mismo perfil genético.
- Es estable, es decir, aun después de la muerte es susceptible de ser analizado.
- Es hereditario, por ello es útil en los casos de paternidad y filiación. Inclusive se le puede usar para la reconstrucción del perfil genético a través de los familiares más cercanos cuando no se dispone de una muestra del individuo en cuestión.

### **2.3. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD**

De acuerdo a Benjamín Aguilar Llanos, en doctrina se distingue la negación o el desconocimiento de la paternidad, de la impugnación. En tal sentido, señala que:

La primera ocurre cuando el hijo tenido por mujer casada no está amparado por la presunción pater is est, de modo que el marido se limita a expresar que no es suyo el hijo de su mujer, y es a la madre y al hijo a quienes corresponde probar lo

contrario. La impugnación corresponde al marido cuando el hijo tenido, por su mujer y a quien no considera suyo, está amparado por la presunción *pater is est* recayendo la carga de la prueba en el marido. La diferencia está dada por quien soporta la prueba.<sup>57</sup>

En este caso el marido ataca la paternidad que tiene con el hijo concebido por su mujer durante el matrimonio. En ella está vigente la presunción *pater is est*, existe una verdad biológica probable.

Guillermo Cabanellas afirma que: “Es el acto de combatir, contradecir o refutar una actuación judicial, cualquiera sea su índole (testimonial, documental, pericial, resolutive). Todos los recursos que se interponen contra las resoluciones judiciales constituyen actos de impugnación procesal”<sup>58</sup>

La impugnación de la paternidad es un proceso que se origina cuando se duda respecto a la veracidad de la paternidad de una persona, cuando un niño nace bajo el matrimonio de sus padres o estando estos en unión marital de hecho se presume la paternidad, sin embargo, esta presunción admite prueba en contrario.

En relación a las formas de impugnación de acuerdo a Héctor Cornejo Chávez, se puede invalidar el reconocimiento involuntario por dos vías de revocación e impugnación o negación del reconocimiento:

La impugnación puede basarse en razones que se refieren al fondo mismo del reconocimiento esto es a la falsedad de la relación paterno-filial (acto nulo o anulable) para cuyo efecto se exige que se produzca la prueba correspondiente.

Es necesario señalar que la impugnación de paternidad es un proceso que consiste en la negación de paternidad de un hijo de quien no se crea padre. Años atrás era un proceso muy complejo, pero actualmente es factible gracias al avance de la ciencia como las pruebas de ADN se puede determinar con facilidad probar que los hijos que presumíamos biológicos (de nosotros) resulten no serlo y poder

---

<sup>57</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil Peruano*. Págs. 234 y 235

<sup>58</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Pág. 197



impugnar (anular) el reconocimiento o en el caso de la falsa paternidad de su hijo biológico que lo ha firmado una tercera persona.

La presunción de paternidad, tiene un valor relativo, siendo que se puede impugnar a través de dos sistemas: el sistema de libre impugnación de la paternidad (sistema germánico) y el sistema restringido de impugnación de la paternidad (sistema latino):

a) Sistema de libre impugnación de la paternidad: En este caso no hay limitación para impugnar la paternidad, la prueba no aparece limitada, sino que podrá verificarse libremente.

b) Sistema restringido de impugnación de paternidad: Establece supuestos taxativos y es el acogido por nuestro código civil.<sup>59</sup>

## 2.4. PLAZO

Para iniciar el proceso, la legislación de diversos países establece un plazo determinado de acuerdo a lo señalado por cada país para la impugnación. Si pasa este plazo pierde ese derecho, incluso por más que el ADN diga que no es su hijo. En nuestra legislación según el artículo 364° del Código Civil se establece que el padre tiene el plazo de 90 días para realizar su acción contestatoria contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

La acción de impugnación dependerá de lo establecidos por el artículo 363°, el cual establece literalmente los siguientes supuestos:

***“Artículo 363.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:***

*1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.*

---

<sup>59</sup> PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Filiación y patria potestad en la doctrina y Jurisprudencia*. Pág. 126:128

2. *Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.*

3. *Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.*

4. *Cuando adolezca de impotencia absoluta.*

5. *Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza."*

## **2.5. DERECHO A LA IDENTIDAD E IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD**

En lo concerniente a la investigación de la filiación coexisten dos intereses contrapuestos, de un lado el interés del hijo, que busca conocer su verdadera filiación, su origen en definitiva y, de otro lado el interés del presunto padre, por lo general casi siempre opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento.

Se aprecia que la investigación de la filiación tiene como propósito el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y el vínculo jurídico de filiación. Una vez establecida la verdad biológica, puede derivarse la vinculación de filiación y el contenido inherente a la misma.

No puede desestimarse que el derecho a la identidad, entendido como el derecho a conocer el propio origen conlleve como finalidad principal conocer a sus ascendientes, toda vez que de esta circunstancia se deriva el derecho del niño a percibir de sus ascendientes la satisfacción de sus necesidades y a obtener así una vida digna y permita su desarrollo integral.

El origen de una persona sólo puede ser determinada por medio de la verdad biológica, y por ello se debe pretender encontrar verdades biológicas que precisen la paternidad.

El análisis genético de ADN constituye una prueba que tiene certeza y es fehaciente para determinar la paternidad al basarse en datos biológicos de las personas, con lo que se atiende a la verdad biológica y no a simples presunciones que en algunos casos pueden dar lugar a errores materiales.

La aplicación de las pruebas biológicas, genéticas, sobre todo la del ADN en la investigación judicial de la filiación matrimonial y extramatrimonial, en mérito a la Ley 27048 “**Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad**”, constituye una acertada decisión cuyo propósito es conceder mayor certeza y seguridad en el establecimiento de la paternidad y de la maternidad.

Se debe tener en cuenta que los derechos fundamentales de las personas son absolutos y pueden tener límites por razones de orden público, cuya importancia, teniendo presente el interés superior del niño, puede justificar la limitación de algunos derechos, en función de la determinación fehaciente de una paternidad controvertida.

En este contexto puede argumentarse la protección del derecho a la identidad personal del presunto progenitor.

La vulneración del derecho del niño a conocer a sus progenitores afectará además el derecho a la identidad. La identidad es el conjunto de caracteres por los cuales la persona define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes. Por lo tanto, no es factible privar a una persona del conocimiento sobre su origen biológico que es el objeto del derecho del niño a conocer a sus progenitores.

La negativa del demandado en juicio de filiación a realizarse la prueba de ADN, configura un indicio, en otras palabras, un hecho que es fuente de presunciones para el juzgador.



Consideramos que la negativa a someterse a la prueba biológica para efectuar la determinación de la filiación es un abuso de derecho. Se debe tener en cuenta que en el juicio de filiación se encuentra comprometido no solo el interés personal de los involucrados, sino también el de toda la sociedad. No se incurre en arbitrariedad normativa por presumir la paternidad del demandado por filiación extramatrimonial que se niega a someterse a la prueba biológica.<sup>60</sup>

La admisión de la demanda de filiación con el fundamento en la negativa del demandado a la realización de la prueba de ADN, sumada a otras pruebas ofrecidas en la causa, es susceptible de generar consenso o disenso, más no puede importar arbitrariedad, ni puede habilitar a descalificar la sentencia como acto judicial válido.

Se debe tener en cuenta que el derecho a la verdadera filiación y el derecho a la identidad personal demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que la persona sea tenida legalmente como hijo de quien desde el punto biológico es hijo. El derecho a conocer la identidad biológica del niño debe prevalecer por sobre el derecho a la intimidad que alega el padre para negarse a realizar la prueba de ADN.

El derecho del niño a conocer a sus padres y por lo tanto a llevar sus apellidos deriva del derecho protegido por la Constitución Política, como es el derecho a la identidad y por ello debe primar la verdad biológica del niño, bajo cualquier supuesto y en base a la indagación de la paternidad a través de las acciones de filiación, las cuales no solo se deben admitir en tanto al padre legal, sino también respecto al padre biológico, teniendo en cuenta esencialmente el interés superior del niño.

En la actualidad, la filiación no se basa solo en la voluntad de las partes sino en la realidad de la naturaleza esto gracias a procedimientos científicos que posibilitan establecer con certeza la realidad del vínculo biológico. A través de la prueba de ADN u otras pruebas científicas es posible que en los casos de paternidad

---

<sup>60</sup> BELLUSCIO, Claudio. *Prestación alimentaria. Régimen Jurídico*. Pág. 133

discutida o ignorada, la ley establezca la declaración de la paternidad de aquellas personas que no reconozcan a sus hijos y se nieguen a realizarse la prueba de ADN, cumpliendo el Estado con la obligación de buscar en lo posible que los niños se enteren quiénes son sus progenitores; se valorará la prueba de ADN en la filiación extramatrimonial por encima de los derechos del presunto padre, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Consideramos esencial preservar el derecho a la identidad estática del niño, ante cualquier derecho que trate de colocar trabas a su adecuada aplicación en base a la justificación del derecho a la intimidad del presunto padre, del debido proceso y tutela jurisdiccional dentro de un proceso de filiación extramatrimonial, si bien todos estos derechos se encuentran protegidos por la normatividad legal, entran en conflicto con un aspecto esencial del niño como es el derecho a la identidad, el cual tiene relación con el interés superior del niño; el mismo que se encuentra por encima de otros derechos, debido a que se trata de un derecho que afecta a menores, por lo que merece una mayor protección.

La prueba de ADN contribuye a preservar la verdad biológica del niño, así como su derecho a la identidad sin embargo algunos presuntos padres buscan desnaturalizar el propósito de dicha prueba alegando la preeminencia de otros derechos entre ellos el derecho a la intimidad; se debe tener en cuenta que en un proceso de filiación extramatrimonial en donde existe un conflicto de derechos, estos no pueden tener el mismo alcance de los derechos del niño, debido a que estos deberán prevalecer teniendo presente el interés superior del niño.

Consideramos que los derechos del presunto padre entre ellos el derecho a la intimidad, el debido proceso y por ende la libertad del demandado merecen ser respetados, sin embargo, no pueden ser invocados por el demandado con la finalidad de evadir su responsabilidad y de este modo privar al reclamante el derecho a conocer su realidad biológica y su identidad. El derecho del hijo, es conocer su verdadera identidad que se encuentra por encima del derecho que alega el presunto padre y por lo tanto dicho progenitor debe asumir su responsabilidad en caso que las pruebas de ADN demostrasen que existe un vínculo biológico entre ambos. En consecuencia, no se vulnera los derechos del presunto padre

porque es necesaria la protección del derecho a la identidad del niño, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

En caso de existir negativa por parte del presunto padre para realizarse la prueba de ADN, en otras palabras, no se obliga de modo coactivo a que se someta a la prueba, la presunción de la paternidad no opera de modo inmediato; la negativa a someterse a la prueba es tomada en cuenta como un elemento a considerarse con los demás hechos probatorios. Es un elemento valioso para posteriormente declarar la paternidad pretendida.

Consideramos que la prueba de ADN es idónea para determinar la existencia de un vínculo de paternidad; debido a que la prueba de ADN es el método más preciso, confiable y contundente para establecer vínculos paterno filiales, siendo esencial para determinar con certeza la identidad del niño y no implica la vulneración del derecho a la libertad e integridad personal del presunto progenitor.

A nuestro criterio cuando no existe la suficiente claridad sobre la paternidad controvertida se hace indispensable que se efectué la prueba de ADN, teniendo presente el interés superior del niño y con la finalidad de que tanto su derecho a la identidad como su derecho a percibir alimentos por parte de sus ascendientes sean garantizados.

En la escala de valores de los derechos en conflictos debe prevalecer el de mayor jerarquía, en otras palabras, el derecho del niño a conocer su identidad sobre el derecho del supuesto padre a negarse a efectuarse el análisis del ADN; tomando en cuenta que no tendría mayor inconveniente, ya que la extracción de sangre no implica un dolor intenso sino mínimo y es un procedimiento común en medicina.

Es indudable que la prueba de ADN es el método más preciso, confiable y contundente para establecer vínculos paterno-filiales, debido a ser la vía que permite con certeza la determinación de la identidad de una persona.

Por lo tanto, no se puede esgrimir que la prueba de ADN vulnera los derechos de la persona a la intimidad, a la libertad física e integridad física de los supuestos padres; ya que mediante la prueba de ADN no se revela el mapa genético de la



persona, solamente la huella genética, donde solo se incluyan algunos segmentos determinados de ADN para comparar los del hijo con los del presunto progenitor y establecer si son o no coincidentes.

No obstante, la prueba de ADN puede ser impugnada cuando se vulnera cualquiera de los derechos señalados anteriormente como por ejemplo cuando se pretenda obtener un tipo de información distinta a la normalmente obtenida a través del ADN, o estuviera en riesgo la salud del supuesto padre. En consecuencia, el presunto padre puede excusarse a través del argumento de la vulneración de los derechos a la intimidad, a la privacidad genética o que la prueba sea informante.

La Convención sobre los Derechos del niño dispone en sus artículos sétimo y octavo que los menores tienen derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres, comprometiéndose los Estados a preservar su identidad y cuando el menor sea privado de alguno de los elementos que conforman dicha identidad se deberá prestar la asistencia y protección adecuada con el fin de restablecerla.

Se debe tener en cuenta que partes esenciales del derecho a la identidad consiste en el derecho a conocer su propio origen; la identidad de la persona encuentra su fundamento en la misma dignidad del ser humano, en consecuencia, no puede considerarse que el derecho al conocimiento del origen tenga como base en la voluntad caprichosa del interesado.

## **2.6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO FUNDAMENTO EN LA REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL**

Consideramos que el interés superior del niño que se busca amparar con este sistema restringido de impugnación de paternidad no es protegido por el Código Civil. A nuestro criterio el legislador se ha inspirado en un contexto desfasado, debido a que distingue a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y de esta manera se idealiza la figura jurídica del matrimonio para hacer tal diferencia y

tratando de promoverla con este tipo de restricciones que, en efecto, no protegen a los niños, ni el interés superior de aquellos.

Se establecen las bases de la regulación de la impugnación de la paternidad, siendo que el principal fundamento de la falta de legitimación activa de la mujer casada para impugnar la paternidad, es la presunción *pater is est*, sustentada en instituciones tales como la familia y el matrimonio, en tanto los deberes que implica (fidelidad-que implica la protección al derecho al honor y reputación del marido- y cohabitación) y valores que subyacen a estas, como el rol social que debe cumplir la mujer. Si bien la presunción *pater is est* puede ser útil para determinados casos, consideramos que no deberíamos mantener un sistema restringido, debido a que no se adecúa al contexto actual, en el que muchas personas pueden verse afectadas en sus legítimos derechos debido a una normatividad con cierto contenido moral que no necesariamente se condice con el Derecho.

Con referencia a los fundamentos de la normatividad referida a la impugnación de paternidad matrimonial. Algunos de ellos son manifiestamente sostenidos y otros, tales como la protección al derecho al honor del marido, se infiere que subyacen al sustento de dicha normativa. Ahora bien, entre los argumentos que son manifiestos y sustentan el porqué de dicha normativa, resalta la protección al principio del interés superior del niño.

La legislación vigente referida a la impugnación de la paternidad por parte de la mujer casada se fundamenta en la presunción *pater is est*, consagrada en el artículo 361 del Código Civil Peruano. Que establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.”

Al respecto Marisol Fernández expresa que, “estamos ante una determinación legal de filiación que se encuentra asentada en la relación matrimonial de un varón y una mujer. Esta presunción afirma que el hijo de la mujer casada tiene por padre

al esposo de esta, y su fundamento descansa en el deber de fidelidad y cohabitación que rige al matrimonio”<sup>61</sup>

A través de la presunción pater is est y el sistema restringido de impugnación de paternidad matrimonial, se afirma que se pretende proteger al niño y garantizar su estado filiatorio, otorgándole seguridad jurídica. Por ello, el Estado y sus poderes cumplirían con su obligación de velar que el interés superior del niño sea tomado en cuenta como condición primordial. A nuestro criterio el legislador no ha desarrollado qué implica el interés superior del niño para los casos de impugnación de paternidad matrimonial. En tal sentido, consideramos que con estas normas se busca proteger el estado filiatorio del niño, resguardando su derecho a la identidad, vivir en una familia, el derecho a desarrollarse en un ambiente sano, el derecho a su integridad física y psicológica; pero sin considerar como base fundamental la verdad biológica.

En lo concerniente al acto íntimo generador de vida no puede ser un argumento como medio de defensa para objetar la pesquisa filial.

Consideramos que la intimidad de la pareja queda desplazada en la investigación filial ya que lo que quiere demostrarse es el acto sexual que generó una procreación que no se quiere reconocer. A través de este proceso judicial se demostrará que hubo sexo extramatrimonial y una prole no aceptada, siendo la descendencia la justificación del proceso judicial.

Al respecto Claudia Moran De Vicenzi expresa: “El derecho a conocer el propio origen biológico del hijo tiene una primacía sobre el derecho a la intimidad de los padres.”<sup>62</sup>

## 2.7. LA PRUEBA DE ADN Y LA FILIACIÓN

Se debe tener en cuenta que la filiación legítima, la impugnación de la misma y la investigación judicial de la filiación extrajudicial, desde la perspectiva procesal fueron ordenadas por medio del Código Procesal Civil señalando en el artículo

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ, Marisol. *Manual de Derecho de Familia: Constitucionalización y Diversidad familiar*. Pág. 61

<sup>62</sup> MORAN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación extracorpórea*. Pág. 58 y 60.



192 las pruebas típicas determinadas y el artículo 193 se refiere a las pruebas atípicas que en esencia, son los medios probatorios tradicionales, sin recepción de denominadas pruebas de validez científica, resultado de la investigación y de la tecnología moderna que inciden en el derecho de familia.

En los últimos tiempos con respecto a la filiación matrimonial como de la extramatrimonial han surgido las pruebas genéticas, siendo una de ellas el ADN por contar con atributos definitorios de comprobación tanto desde la perspectiva positiva, confirmatorio, como negativo en ambas filiaciones.

Se promulgo la Ley 27048, “**Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad**”, introduciendo en la legislación nacional la prueba del ADN y otras de igual validez científico. De esta manera la prueba de ADN permite acreditar o desvirtuar tanto la filiación matrimonial como la filiación extramatrimonial.

Cabe precisar que el ADN de cada persona es único, y adecuadamente analizado es capaz de diferenciar a un ser humano entre los demás. Además, el ADN es común en todas las células, de manera que el análisis de cualquier parte del cuerpo –llamado indicio biológico criminal, y que incluye sangre, semen, pelos, etc.- y su posterior comparación con la persona sospechosa, permite la identificación de un criminal.

Por todo ello resulta factible llegar a identificar a una persona a partir de indicios biológicos muy pequeños, invisibles al ojo humano. También es posible obtener información de indicios biológicos, aunque haya pasado largo tiempo desde el momento en que fueron depositados, incluso muchos años después.

En el Exp. Núm. 34-96/Lima. De la Corte Suprema de Justicia se señala:

*La prueba de ADN, permitida por el artículo cuatrocientos trece del Código Civil elimina cualquier duda sobre la paternidad; que habiendo aceptado el demandado la realización de esta prueba científica, debió ordenarse de oficio a*

*cuenta y costo de dicho demandado; que por economía procesal la Corte Superior puede ordenar la realización de dicho medio probatorio.*<sup>63</sup>

## **2.8. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL Y LA PRUEBA DE ADN**

En lo concerniente a la filiación extramatrimonial a través de la Ley 27048 se ha establecido el empleo de la prueba de ADN, dando lugar a la modificación de los artículos 402, 409, 413 y 415 de nuestro Código Civil y a la derogatoria de los artículos 403 y 416 del mismo código.

Se considera que a falta de reconocimiento se establece la filiación extramatrimonial por declaración judicial, esto de acuerdo a las presunciones del artículo 402 del Código Civil en caso de la paternidad, y de los tipificados en el artículo 409 del Código Civil en el supuesto de la maternidad extramatrimonial, con la diferencia de que es más difícil obtener la primera por encontrarse sujeta a presunciones taxativamente tipificadas en el mencionado artículo 402 del Código Civil, lo que no ocurre con la maternidad extramatrimonial cuya demostración es más sencilla, al someterla solamente a los extremos de presunciones que enumera el artículo 409 del Código Civil, que son el hecho del nacimiento y la identidad del hijo.

En relación a la filiación matrimonial, las pruebas genéticas, como la del ADN han sido introducidas en la investigación judicial tanto en la filiación matrimonial como extramatrimonial, no como simples medios probatorios orientados a demostrar los hechos que configuran las cinco presunciones establecidas en el artículo 402 del Código Civil, sino como una nueva causal, la sexta, por el cual la paternidad extramatrimonial es factible de ser declarada judicialmente cuando se acredite mejor la relación parental entre el presunto progenitor y el hijo por medio de la prueba del ADN, y ante la negativa de someterse a dichas pruebas, después de una rigurosa evaluación, el juez se encuentra facultado para declarar la paternidad o la condición de hijo alimentista.

---

<sup>63</sup> EXP. Núm. 34-96/Lima. Pág. 43 y 44

Cabe precisar que de acuerdo a lo dispuesto en la última parte del nuevo inciso del referido artículo 402 del Código Civil el juez puede desestimar las presunciones de los cinco incisos precedentes, como consecuencia de la actuación de la prueba del ADN u otras pruebas científicas, se entiende con resultados negativos, esto es, de que no existe vínculo parental entre el demandado y el presunto hijo, por ello se desestima las pretensiones de la demanda, con lo que queda establecido que las pruebas científicas o genéticas son privilegiadas por contar con un valor superior y por ende son capaces de excluir de la investigación judicial de la filiación no solo las presunciones de paternidad extramatrimonial materia de las cinco causales del artículo 402 del Código Civil, sino también de todos los restantes medios probatorios que devienen en ineficaces o innecesarios, lo que daría lugar a la reformulación de las presunciones o causales de paternidad extramatrimonial, para sustentar la investigación judicial centrada en una sola causal, es decir la de ADN u otras pruebas de igual o mayor certeza científica.

Es necesario señalar que con singular justificación jurídica se tendría que aplicar la prueba del ADN u otra de igual o mayor certeza científica, a la investigación judicial de la maternidad extramatrimonial, agregando a las dos causales o presunciones del artículo 409 de nuestro Código Civil una tercera, consistente en acreditar la relación maternal entre la presunta madre y el hijo a través de la actuación de la prueba del ADN u otras, con la probabilidad o seguridad, de desestimar las dos presunciones precedentes del mencionado artículo 409 del Código Civil, si los resultados son negativos.

Por lo tanto las pruebas científicas o genéticas, como la del ADN, se encuentran orientadas, desde la perspectiva positiva, a demostrar la filiación extramatrimonial en sus dos modalidades de paternidad y maternidad, y también, desde la perspectiva negativa, se encuentra en capacidad de demostrar lo contrario, es decir la inexistencia de la relación parental o maternal, incluso con posibilidades de impugnar o negar el reconocimiento otorgado por acción del progenitor, o de la madre, que no participo en dicho acto jurídico, o por sus descendientes o por quienes tengan interés legítimo en cuestionar el reconocimiento, tal como lo establece los artículos 399, 400 y 401 del Código Civil.



## **2.9. CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Esta Convención en su artículo 3° dispone que: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Mediante su artículo 17, inciso 5° se establece que: la Ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. A través de este artículo se establece que la Ley debe equiparar los derechos de las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales.

Así también, dentro de esta Convención el derecho a la identidad personal tiene lugar en los artículos 18, 19 y 20. En el artículo 18 se señala el derecho al nombre de cada persona, es decir, toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos; además la Ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Se agrega, en el artículo 19 que: todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Finalmente, el artículo 20.1 del mismo texto normativo indica que: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”.

## **2.10. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

El artículo 16° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 24 numeral 1 que: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. Numeral 2. “Todo

niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”. Numeral 3. “Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

El Derecho de identidad personal se encuentra de modo amplio reconocido en el derecho comparado y en los tratados internacionales, es un derecho de carácter personalísimo y de tercera generación, en otras palabras, entre aquellos derechos propios del Estado de cultura y “que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad”.<sup>64</sup>

## 2.11. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Art. 6), que consiste en el reconocimiento formal de una persona como tal, por el solo hecho de existir, con independencia de su voluntad, circunstancias, condición social, etc., correspondiéndole así, en forma directa, los derechos y deberes que la sociedad define para todos sus miembros.

El artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

De esta manera se reconoce que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños tienen los mismos derechos, esté o no casada la madre. Es decir, la Declaración Universal de Derechos Humanos también establece que todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Teniendo en cuenta todo lo anterior cabe precisar que existe un énfasis tuitivo en relación al niño que se sustenta en su condición de vulnerabilidad para llevar una vida totalmente independiente, de manera que, por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia de los niños frente a los adultos, se impone a la familia,

---

<sup>64</sup> MOLINA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia. *Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial*. Pág. 2.

a la comunidad, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo integral

## **2.12. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

Esta Convención se encuentra inspirada en la denominada “Doctrina de la Protección Integral”, reconoce a los niños y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales cuyo sustento se resume en cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten.

Esta Convención establece en el Artículo 2 que:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

En consecuencia, se considera como una obligación de los Estados de procurar el ejercicio de los derechos del niño no es una obligación estática, sino dinámica y progresiva, que debe posibilitar el mejoramiento de las condiciones necesarias para el pleno goce de estos derechos.

Podemos afirmar, en general que todo Estado asume dos obligaciones básicas: la primera, la de respetar los derechos del niño, y la segunda, la de garantizar el ejercicio de los mismos. Con referencia a la obligación de respetar los derechos del niño, significa para el Estado y el Poder Judicial, una abstención de efectuar



cualquier acto, sea de naturaleza administrativa, legislativa o judicial que amenace o vulnere los derechos humanos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En la actualidad existe la obligación de garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos a todo niño y a sus representantes legales sometidos a su jurisdicción, y por ello el Estado debe organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras por medio de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos del niño. Debido a ello existe la obligación de los Estados de prevenir, investigar y sancionar toda vulneración de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho vulnerado y, en su caso, la reparación de los daños generados por dicha violación de los derechos del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño contempla en el artículo 3 que, en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño. Así mismo, los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

La expresión interés superior del niño significa que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la Ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> LANDA ARROYO, Cesar. *Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la cosa juzgada en el proceso de filiación*. Pág. 76

Con relación al término superior, podemos afirmar que el dicho calificativo superior hace pensar en un absoluto y en mejor. El interés superior del niño se encuentra protegido por diferentes derechos subjetivos que le dan forma y fuerza al principio<sup>66</sup>. Por ello se plantea como idea central o con el principio del interés superior del niño es, que la consideración de dicho interés debe primar al momento de resolver sobre aspectos que le afecten.

Por ello, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento dicho interés superior, independientemente de los intereses de los padres.

Cabe precisar que la Convención ha elevado el Interés Superior del Niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

La Convención en el artículo 4 establece que los Estados partes, deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Esta Convención establece los derechos del niño señalando entre otros, el derecho al nombre y nacionalidad (art. 7), preservación de la identidad (art. 8) y responsabilidad paterna y materna (art. 18).

Con referencia al artículo 7 numeral 1 de la Convención se infiere que para poder cumplir los deberes y exigir la atención de los derechos que corresponden a los hijos, éstos deben conocer previamente quiénes son sus progenitores. Este derecho se vincula con la filiación, en el sentido, que el Estado debe promover y garantizar

---

<sup>66</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. *El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor en la investigación de la filiación*. Pág. 84

un sistema abierto de investigación de la filiación para que los niños puedan ejercer de modo pleno este derecho. Una vez determinada la filiación, esto es, establecida la paternidad y la maternidad, surge inmediatamente la atribución a los progenitores del conjunto de derechos y deberes -la titularidad de la patria potestad- reconocidos en función del interés de los hijos; es decir a la protección integral de estos.

Los derechos del niño a conocer a los padres y a preservar la identidad de sus relaciones familiares constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria. Así y desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención).

Se considera que el derecho a conocer a los padres se basa en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad.

Cabe precisar que las acciones de filiación, como manifestaciones concretas del derecho del niño a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho.

El pleno ejercicio del derecho del niño a conocer a sus padres supone que la determinación de la vinculación jurídica generada por la procreación, no debe presuponer un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los progenitores; esto es, el estado filial deberá encontrar como referencia, sólo la realidad biológica. Sin embargo, la frase "en la medida de lo posible" antepuesta al derecho del niño a conocer a los padres advierte las dificultades que pueden presentarse en la realidad, como el desconocimiento de la identidad de los progenitores; lo que, de hecho, imposibilita el ejercicio del derecho. Según lo señalado se puede afirmar que el derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de poder desvelar el misterio de su origen, siempre y sin ningún obstáculo, salvo las derivadas, lógicamente, del



propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado.

Teniendo presente el interés superior del niño como principio interpretativo, habrá casos en que no se pueda dar pleno cumplimiento a todos los derechos establecidos en la propia Convención, en aras de cumplir con el interés superior del niño. Tal es el caso del artículo 9 de la Convención que contempla que los niños tienen derecho a no ser separados de sus progenitores, salvo en casos en que ello sea contrario a su interés superior, por ejemplo, cuando el niño es sujeto a maltratos en el hogar.

Con referencia al ámbito jurídico, el juez nacional, al aplicar una norma de la Convención sobre los Derechos del Niño, debe entenderla conforme a los principios de interpretación específicos para los tratados de derechos humanos y a los dispositivos previstos en ese tratado de derechos humanos.

Al respecto Carlos Fernández Sessarego señala que: “Los jueces están compelidos, por su propia función, a colmar un vacío o a suplir una deficiencia u oscuridad de la ley. Se hallan así obligados a resolver inéditas situaciones no previstas por el ordenamiento jurídico. Colocados frente a su deber de administrar justicia, no les cabe otra alternativa”.<sup>67</sup>

Siendo así, en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño debe preferirse una interpretación a favor del interés superior del menor, por ser éste el objeto y fin específico del tratado<sup>68</sup>.

Este principio de interpretación es también conocido como el criterio de la primacía de la norma más favorable a las personas protegidas (interpretación pro homine) expresamente en los tratados de derechos humanos. "Este criterio permite, en primer lugar, reducir o minimizar considerablemente las supuestas posibilidades de "conflictos" entre instrumentos legales en sus aspectos normativos; contribuye, en segundo lugar, a obtener mayor coordinación entre

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Pág. 45.

<sup>68</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Constitución, Derechos Humanos y la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito jurisdiccional*. Pág. 274

tales instrumentos en dimensión tanto vertical (tratados e instrumentos de derecho interno) como horizontal (dos o más tratados); y, finalmente, contribuyen, en tercer lugar, a demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos sólo buscan ampliar y fortalecer la protección"<sup>69</sup>.

De igual manera con el objeto y propósito de la Convención sobre los Derechos del Niño, los derechos de la infancia deben entenderse e interpretarse de una manera amplia y dinámica, ello implica que, en sentido contrario, las restricciones a los derechos requieren de una interpretación restringida.

En suma, el interés superior del niño es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del niño y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar.

### **2.13. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

La Constitución Política establece el derecho a la identidad (art. 2 inc. 1) y la igualdad (art. 2 inc. 2) para toda persona

El inciso 1) del artículo 2 de la Constitución de 1993 se refiere a los derechos fundamentales de la persona humana como la vida, la libertad, la identidad y la integridad psicosomática, los mismos que son interdependientes.

Del párrafo anterior referido al derecho a la identidad se infiere que toda persona tiene el derecho de conocer quiénes son sus padres y antecesores, con todos los privilegios que le puede corresponder y se encuentra facultado, en caso de incertidumbre en el conocimiento de dicha identidad, para acudir al Poder Judicial con el propósito de obtener la dilucidación respectiva". Se aprecia la evidencia de la relación entre el derecho a la identidad y el derecho a conocer a los padres

Cada persona tiene el derecho a su identidad, es decir que nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad, atribuyendo al individuo calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otro aspecto que no le son

---

<sup>69</sup> CANCADO TRINDADE, Antonio. *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*. Pág. 19.

propios ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, sus pensamientos o actitudes.

En síntesis, se puede decir que la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la "verdad personal" en que consiste cada persona.

El derecho a la identidad tiene su fundamentación en ser inherente a la dignidad. Esta no la distingue de otros derechos que le son afines como el nombre o el seudónimo, la intimidad de la vida privada, el honor, la reputación y el derecho personal del autor entre otros.

La Constitución Política en el artículo 2°, inciso 2 reconoce que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley; y el artículo 103° de la Constitución, establece que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por la razón de la diferencia de las personas.

Es decir, se permite que se den leyes que beneficie a determinado grupo de personas, pero que este grupo se encuentra en una situación de desventaja frente a los demás; razón por la cual, el Estado como promotor de los derechos fundamentales, por medio de leyes especiales, trata de buscar la igualdad jurídica.

La Constitución Política en el artículo 4 establece que: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”

Al respecto el Tribunal Constitucional en el Expediente N.° 02132-2008-PA/TC expresa en el fundamento 5 lo siguiente:

5. El principio constitucional de protección del interés superior del niño y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”. Tal contenido de fundamentalidades



reconocido a su vez por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N.º 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la "Convención sobre los Derechos del Niño".

La Carta Magna no define a la familia ni la identifica de manera exclusiva con un modelo único. Esta ha ido modificándose a través del tiempo debido a la influencia de distintos factores.

En la actualidad se considera que la familia ha cambiado con referencia al modelo tradicional nuclear, integrado por el progenitor y la madre (posiblemente vinculados por el matrimonio) y con hijos, posición contraria a los que entienden relacionada a la naturaleza lo que la lleva a ser entendida como inmodificable e inalterable en el tiempo, más aún, porque se le vincula a la función de reproducción de la especie.

De esta manera, el principio de protección a la familia que se establece en el artículo 4 de la Constitución, está dirigido a toda forma familiar y no exclusivamente a aquella que se aproxima al modelo tradicional nuclear.

Por todo ello consideramos que la familia debe ser entendida como un concepto abierto y que su protección apunta a cualquiera de sus formas, el mandato de promover el matrimonio solo puede ser interpretado como un deber del Estado de generar políticas para que las personas que aspiran a casarse puedan hacerlo a través del matrimonio civil (matrimonios masivos, por ejemplo).

El Tribunal Constitucional en su sentencia del expediente No. 03744-2007-PHC/TC precisó que se deriva del artículo 4 la necesidad de procurar una atención especial y prioritaria en la tramitación de procesos judiciales en los que se verifique la afectación de los derechos fundamentales de niños, siendo la

preservación del interés superior del niño una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado.

Así, agrega que la atención prestada debe ser especial en la medida en que un niño posee características singulares y particulares y que sea cual sea el resultado del caso, el tratamiento de sus derechos durante el proceso debe ser escrupuloso. Así también la atención ha de ser prioritaria pues el interés superior del niño tiene precedencia en la actuación estatal respecto de las decisiones judiciales que no involucren sus derechos fundamentales.

En la sentencia del Tribunal Constitucional, expediente Nro. 01817-2009-PHC/TC en el fundamento 8 se señala: En esta especial orientación proteccionista se encuentra también el principio del interés superior del niño, que a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se “funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del EXP. 02079-2009-PHC/TC dice que:

“(…) Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés (...). En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último (...).”

En esta misma sentencia se consagra que el principio de interés superior está investido de fuerza normativa y que debe ser entendido como vértice de interpretación en los casos relativos a los niños.

Podemos concluir entonces que en nuestro ordenamiento el principio del interés superior del niño ya no es sólo un principio garantista que extiende una obligación

a entidades estatales y particulares, sino que se ha pasado a reconocer un derecho subjetivo a favor de los niños de que en cualquier caso su interés superior sea examinado primordialmente y prime sobre cualquier otro interés. Por tanto, los niños tienen conferidos el grado más alto de protección en nuestro ordenamiento.

## **2.14. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**

El artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes precisa que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

Al respecto el Tribunal Constitucional EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC en el fundamento 11 párrafo tercero señala lo siguiente:

11) Se debe indicar que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes precisa que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Por tanto, entendemos que cuando los instrumentos internacionales aluden al niño como sujeto de derechos (párrafo final del Fundamento 8), para nuestra legislación nacional comprende tanto a los niños como a los adolescentes, resultando que en nuestro caso las menores favorecidas son niñas (Fundamento 1).

Este Código en el artículo IX se refiere al interés superior del niño y del adolescente y establece que: En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Por ello toda medida, debe ser especial teniendo en cuenta que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso, sino una que posee características singulares y particulares en relación de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un adecuado tratamiento y respeto de sus



derechos durante el proceso. Además, la atención debe ser prioritaria, pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 02079-2009-PHC/TC señala en el considerando 13:

13) En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

Por lo tanto, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos.

El Código de los Niños y Adolescentes establece en el artículo 6 que: El niño y adolescente tienen derecho a un nombre, a la nacionalidad peruana, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos. Será registrado por su madre o responsable inmediatamente después de su nacimiento en el registro civil correspondiente.

El artículo 6° está referido a la identidad y dispone que el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación.

Se considera que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista, por ello Luigi Ferrajoli lo entiende como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales<sup>70</sup>. Lo cual implica que los principios jurídicos garantistas “se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente a ellos”<sup>71</sup> por lo que este principio reconocido en el art. 3 de la Convención implicaría un deber del estado frente a los niños en aras de efectivizar sus derechos subjetivos, deber que consistirá en la satisfacción de todos los derechos del niño<sup>72</sup>. De esta manera, se pretende positivizar el contenido del principio sobre la base de todos los derechos enumerados en la Convención, lo cual parecería garantizar la objetivación necesaria para preservar el paradigma de la “protección integral”.

---

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. Pág. 45.

<sup>71</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño*. Pág. 77.

<sup>72</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Ob. Cit.* Pág. 78.

## 2.15. LEGISLACIÓN COMPARADA

### 2.15.1. ESPAÑA

La Constitución Política refleja en forma expresa en diversos artículos, el interés de la comunidad internacional por el niño apreciándolo desde sus dos perspectivas esenciales, como persona en sí misma y como integrante de la familia y de la sociedad.

“Desde el preámbulo de la Carta Magna, la protección a los niños, se hace ya efectiva cuando en su tercer párrafo señala que la Nación española proclama su voluntad de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos”. A pesar del carácter general que se desprende de este párrafo, no necesita de una particular argumentación entender que el niño es un miembro más de la sociedad española y que, como tal, el Estado español le debe, como mínimo, el mismo tratamiento y protección que al resto de los ciudadanos; y digo como mínimo porque, como se ha venido señalando, el niño, como ser especialmente vulnerable e indefenso, requiere de una protección específica acorde a sus particulares necesidades y características.”<sup>73</sup>

Dicha protección se encuentra en la carta magna estableciendo una serie de derechos como: la dignidad de la persona (artículo 10.1); la igualdad ante la ley, sin discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo o religión (artículo 14); el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15); el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18), el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24); el derecho a la protección de la salud (artículo 43), y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (artículo 45) entre otros.

La Constitución consagra en los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 53.3, la obligación de lo poderes públicos de asegurar la protección de la familia desde una triple perspectiva: social económica y jurídica; haciendo, además, referencia expresa a la protección de los hijos y las madres, y el deber de asistencia de los padres

---

<sup>73</sup> CALVO BLANCO, Elena Beatriz. *La protección de los derechos del niño en la Constitución española*. Pág. D-6



respecto a los hijos. La Constitución enfatiza en la protección familiar al tratar el derecho de la intimidad (artículo 18.1 y 4) y a la educación (artículo 27. La Constitución Política reconoce las libertades públicas establece entre sus límites el de la protección de la juventud y de la infancia (artículo 20.4), y que remite la ley los casos en que no se está obligado a declarar por razón de parentesco (24.2, aspectos ambos que implican una protección legal de la familia.

“Con la inclusión del artículo 39.4 en la Norma Suprema, el legislador constitucional quiso reflejar su compromiso para con la comunidad internacional garantizando explícitamente que “los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Y este hecho es especialmente significativo, pues mientras que en los otros apartados de este artículo, así como en los demás preceptos señalados anteriormente, los niños son tenidos en cuenta como miembros de la familia o de la sociedad, es decir en su condición de hijos o de ciudadanos, en este último párrafo entiendo que existe un reconocimiento expreso del niño considerado como ser humano en sí mismo, con sus propios derechos y obligaciones, los cuales aparecen ya expresamente reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, de la que España es un Estado parte.<sup>74</sup>

Por todo ello consideramos que la protección que brinda la constitución Española a la infancia es bastante amplia y completa, pues se extiende a casi todos los aspectos que ya han sido desarrollados por el derecho internacional.

En España, en caso se trate de un menor de edad, el consentimiento lo debe prestar su representante legal o deberá solicitarse aprobación judicial. Si el hijo fuera mayor de edad, se requerirá su consentimiento expreso o tácito para que el reconocimiento produzca efectos,<sup>75</sup> de manera que el hijo mayor o emancipado y capaz podrá consentir o denegar el reconocimiento de forma discrecional y en principio sin alegar los motivos que le inducen a formular una u otra declaración.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> CALVO BLANCO, Elena Beatriz. Ob, Cit. Pago. D-9

<sup>75</sup> CÓDIGO DE LEGISLACIÓN CIVIL, aprobado por el Real decreto de 24 de julio de 1889.

Art. 123°. El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito.

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ GONZALES, María Begoña. El requisito del consentimiento del hijo mayor de edad para el reconocimiento de su filiación. Pág. 213.

Se aprecia que la justificación por la cual el consentimiento del hijo constituye un requisito especial en este país, se encuentra en el principio de respeto del interés del hijo «cuyo fundamento reside en que de la misma manera que nadie puede ser obligado a reconocer; tampoco es justo que al hijo se le imponga un reconocimiento que no desea»; en tal sentido, «sólo al reconocido mayor de edad le corresponde decidir sobre su conveniencia».<sup>77</sup> Sin embargo, se cuestiona si el interés del progenitor pudiera quedar desprotegido en detrimento de la verdad biológica. Es necesario preguntarse sobre los efectos que genera la ausencia del consentimiento. «La denegación del consentimiento, o mientras no se otorga, significa que el reconocimiento no tiene todavía los efectos de título de determinación legal, aunque pueden nacer posteriormente. El requisito del consentimiento del hijo mayor de edad opera como *conditio iuris*, condición de eficacia y no de validez del reconocimiento».<sup>78</sup>

El Código Civil en el artículo 137 establece que: La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal.

El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado; corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal.

Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.

Cabe señalar que la legislación española mantiene, como no podía ser de otro modo, el derecho del propio reconocido para impugnar el acto, en razón de ser falsa la filiación que se le atribuye. Si es menor de edad y fue previamente reconocido por el otro progenitor, esto, que se halla en ejercicio de la patria potestad, puede accionar en representación de hijo. Claro está que sería absurdo pretender que, en caso de haberlo, por ejemplo, la madre reconocido con

---

<sup>77</sup> FERNÁNDEZ GONZALES, *María Begoña*. Ob. Cit. Pág. 215.

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ GONZALES, *María Begoña*. Ob. Cit. Pág. 215.

anterioridad, el reconocimiento por el padre sea suficiente para cambiar de pleno derecho el ejercicio de que se trata. La madre impugnaría, pues, el acto representando al menor.

### 2.15.2. ARGENTINA

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación promulgado con fecha 7 de octubre de 2014 mediante Ley 26.994, que entro en vigencia desde el 1° de enero de 2016 en reemplazo del Código sancionado con Ley 340.

En Argentina, “se ha dado especial relevancia a la identidad personal en su dimensión genética y filiatoria”<sup>79</sup> que tiene como sustento, la Convención sobre Derechos del Niño, que cuenta con jerarquía constitucional en dicho país. En este contexto, por identidad genética, se entiende “el derecho del sujeto a conocer su propia génesis, su propia procedencia; esto es, saber cuál es su genoma tras el conocimiento del patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos. La segunda, en cambio, la identidad filiatoria, transita “en el exclusivo campo jurídico: es el derecho de la persona a un determinado estado de familia, mediante el respectivo emplazamiento. De aquí nacerá el vínculo legal entre dos personas, que permitirá la calificación como “padre” o “madre”, a quien se encuentra en un extremo, e hijo o hija, a quien está en el otro”.<sup>80</sup>

La identidad genética se obtiene mediante las pruebas periciales biológicas cuya valoración, está a cargo de los jueces del fondo.

Es importante indicar que en la legislación argentina prevalece el derecho a la identidad personal frente al derecho a la intimidad, y señala: “El derecho a la identidad del hijo a obtener su filiación no se inscribe en la esfera de la privacidad del presunto progenitor, pues media un interés social en que aquél obtenga el emplazamiento que le corresponde, lo cual conlleva a observar una actitud de respeto a los posibles vínculos familiares.

---

<sup>79</sup> MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas: derecho a conocer la identidad genética, indicio en contra de la parte renuente a la pericia, compulsión para realizar las pruebas biológicas, recaudos para exámenes de ADN, alcances probatorios, falibilidad del resultado*. Pág. 58.

<sup>80</sup> MIZRAHI, Mauricio Luis. *Ob. Cit.* Pág. 59.



La legislación civil, en las últimas décadas ha pasado de considerar o distinguir a los hijos legítimos e ilegítimos –naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos– a la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, suprimiendo las categorías antes mencionadas. A diferencia de la primera distinción donde los hijos ilegítimos tenían derechos limitados en el caso del hijo natural, o eran ignorados por el derecho en el caso de los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, pues tenían prohibido investigar la paternidad o maternidad; en la actualidad el sistema filiatorio argentino iguala a los hijos, elimina todo tipo de distinción y discriminación, suprimiendo las desigualdades jurídicas y genera un régimen de acciones sin obstáculos severos –aunque ello no es así en el caso de la filiación matrimonial–.

En relación a la filiación matrimonial, el Código Civil Argentino establece una presunción *iuris tantum*. Así, señala que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos.

Contrario sensu, establece el Código que no se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

La filiación matrimonial da lugar a la acción de reclamación e impugnación de la paternidad. Respecto a la acción de reclamación, el Código Civil indica que los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y capacidad de las Personas. En este caso la acción deberá entablarse conjuntamente contra el padre y la madre.

En relación a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, se establece la acción de paternidad rigurosa, la acción de impugnación preventiva y la acción de negación simple de paternidad matrimonial.

Con referencia a la impugnación de paternidad rigurosa, el artículo 259 reconoce al marido y al hijo la legitimidad para contestar la paternidad. El fundamento de la contestación de paternidad se sustenta en el hecho que conforme al artículo 244 del Código Civil, las presunciones establecidas admiten prueba en contrario.

De hecho, el marido puede interponer la demanda de impugnación alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre.

En relación al plazo para interponer la demanda de contestación de paternidad, el Código Civil ha señalado respecto del hijo que éste podrá iniciar la acción en cualquier tiempo.

En el caso del marido, el plazo para interponer la demanda caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo.

El artículo 259 también establece que, en caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido.

Asimismo, el Código Civil argentino plantea la existencia de una acción de impugnación preventiva de la paternidad matrimonial. Al respecto, el artículo 258 señala que antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer.

En relación a la acción de negación de paternidad, el artículo 260 establece que ésta podrá ser planteada para negar la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

Si se probare que el marido tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de su casamiento o si, luego del nacimiento, reconoció como suyo expresa o tácitamente al hijo o consintió en que se le diera su apellido en la partida de nacimiento, la negación será desestimada. Quedará a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la paternidad que autoriza el art. 258.

En relación al plazo para interponer la acción de negación de la paternidad del marido rige el término de caducidad de un año. Sobre la filiación extramatrimonial, el Código Civil Argentino en el artículo 247 plantea que ésta queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal. En este último caso, la filiación extramatrimonial da lugar a acciones de reclamación e impugnación de la paternidad o maternidad.

Al respecto, los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales.

Respecto a la impugnación del reconocimiento de los hijos concebidos fuera del matrimonio, ésta puede ser iniciada por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. Así, el hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Igualmente, los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento (artículo 263).

### **2.15.3. COSTA RICA**

En este país, la filiación se encuentra establecida en la Constitución Política y los tratados de derechos humanos que poseen rango constitucional tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación pertinente como el Código de Familia, la ley de Paternidad Responsable, así como el Código de Niñez y Adolescencia, y muy pocas normas del Código Civil, entre otras.

La Constitución Política contempla en el artículo 53 que los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos



en él y en el artículo 54 que se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.

Los principios que emergen de la filiación son los de igualdad de los hijos, la no discriminación, el derecho a la identidad y la indisponibilidad de la filiación.

En la legislación de Costa Rica, la filiación se divide en filiación matrimonial, extramatrimonial y por adopción. En relación a la filiación matrimonial, esta se sustenta en la presunción “*pater is est*” que goza de una naturaleza *iuris tantum*.

Según el artículo 69 del Código de Familia, se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

En la legislación de Costa Rica se presumen hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración si es que el marido tuvo conocimiento del embarazo de su mujer antes de casarse; si consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y si de cualquier modo lo admitió como tal.

Con referencia a la filiación matrimonial se admite dos tipos de acción. La reclamación y la impugnación de la paternidad matrimonial. En cuanto a la reclamación de la paternidad matrimonial, o acción de vindicación el Código de familia establece en su artículo 76 que el derecho de los hijos para vindicar el estado que les pertenece es imprescriptible; a su vez, por muerte de los hijos ese derecho pasa a los nietos y respecto a ellos también es imprescriptible.

En relación a la acción de impugnación de paternidad matrimonial, la legitimación sólo está reconocida al marido o al apoderado especialísimo y muerto o declarado ausente el marido, a sus herederos. Cabe precisar, en contra de la presunción de paternidad, es admisible la prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo (artículo 70).

Es importante precisar que, en el mismo sentido, el Código de familia establece que el adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad (artículo 70).

Del mismo modo, según el artículo 73 del Código de familia, se establece que podrá intentarse la impugnación de la paternidad matrimonial por el marido en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le posibilitan fundamentar la impugnación. Cabe indicar que este plazo no corre contra el marido incapaz mental que careciere de curador.

Cabe precisar, el artículo 74 establece que, si el marido fallece antes de vencer el término en que puede desconocer al hijo, podrán sus herederos hacerlo. La acción de los herederos no será admitida después de dos meses contados a partir del día en que el hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del presunto padre, o desde el día en que los herederos fueron perturbados en la posesión de la herencia por el presunto hijo.

Con referencia a la filiación extramatrimonial se basa en el reconocimiento, en otras palabras, la declaración de voluntad del progenitor de la aceptación de la paternidad. Ahora bien, según la legislación de Costa Rica, este tipo de filiación da lugar a la acción de reclamación de reconocimiento y a la acción de impugnación del reconocimiento.

En cuanto a la acción de reclamación, la legislación de Costa Rica reconoce la acción de reclamación de filiación extramatrimonial en sentido estricto, la acción preventiva de reclamación de filiación extramatrimonial y las acciones personales de la madre contra el padre.

El Código de Familia en el artículo 91 establece que la acción de reclamación de filiación de paternidad y maternidad extramatrimonial es permitida al hijo y a sus descendientes. Ahora bien, según el artículo 95 del Código en mención, la investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento en vida del padre o madre o a más tardar dentro del año siguiente a su fallecimiento.

Cabe preciar, sin embargo, en el caso de que el hijo encuentre un documento escrito o firmado por el progenitor o madre en el cual éste o ésta expresen su paternidad o maternidad, podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento, si esto ocurriere después de vencidos los términos señalados.

Es necesario mencionar que el artículo 85 del Código de Familia establece que, en un proceso de impugnación de paternidad, podrá reconocerse a la hija o al hijo aún protegidos por la presunción de paternidad citada en el artículo 69, de dicho Código o al hijo o hija cuya paternidad conste en el Registro Civil; pero ese reconocimiento tendrá efecto únicamente cuando la impugnación sea declarada con lugar.

Cabe precisar que igualmente, tal dispositivo señala que también podrán reconocerse la hija o el hijo concebidos cuando la madre esté vinculada en matrimonio; sin embargo, para que el reconocimiento surta los efectos legales consiguientes, es vital que hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme.



## CAPÍTULO III

### RESULTADOS: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

#### 3. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

A través del análisis de los expedientes que se realizaron en este capítulo es posible apreciar que el derecho a la identidad implica la identidad estática donde los hijos tienen el derecho a conocer a sus progenitores y tienen la facultad de acudir al poder judicial con el propósito de obtener su dilucidación respectiva. Por medio de este análisis de expedientes se aprecia que es posible invocar la prueba de ADN con la finalidad de acreditar la filiación y que los plazos legales se ven desplazados por la búsqueda de la protección al derecho de la identidad que todo menor tiene. Además, se aprecia que la pericia de ADN tiene un alto grado de certeza en la acreditación en la filiación de los niños.

Los respectivos juzgados de familia y de paz letrado, han analizado los medios probatorios durante los procesos judiciales y las valoraciones expuestas en las sentencias determinan la importancia de la verdad biológica que se da a través de la prueba de ADN por tener la mayor certeza, además de la inaplicación de plazos legales y supuestos establecidos por nuestra normativa dependiendo del estado de la relación que dio vida a un nuevo ser, relaciones matrimoniales y extramatrimoniales; evidenciando a una normativa desfasada a la situación actual de las familias y un sentido jurisprudencial pro identidad.

Sin embargo, con la última sentencia analizada, quedará evidenciado que un porcentaje menor de la jurisprudencia va en contra del sentido jurisprudencial pro identidad que se viene desarrollando en la actualidad; a través de la actuación de la prueba de ADN. Sin embargo, con esta sentencia no se deja de evidenciar la necesidad del establecimiento de un criterio unánime para la resolución de los procesos en los que verse el derecho a la identidad, el deseo de impugnar la paternidad y el establecimiento de la verdad biológica del menor.

### 3.1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EN EL EXPEDIENTE 860-2002 LIMA

La Sala Especializada en Derecho de Familia de Lima, en el Exp. 860-2002 LIMA, emite el criterio de la primacía de la verdad biológica sobre los plazos formales de la ley, la sentencia fue elevada en consulta a la Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social y fue aprobada por esta, de manera tal, que los 90 días no es una traba para la investigación sobre la paternidad auténtica.

Se aprecia que el marido es quien interpuso la demanda de impugnación de paternidad, alegando que el reconocimiento del hijo que efectuó se encontraba viciado en tanto no sabía que no era su padre biológico. Este sería un caso regular en tanto el marido es el único legitimado para impugnar de acuerdo a la legislación, sin embargo, se encontraba fuera del plazo rígido establecido para interponer la acción. Sin embargo, decidió interponer la demanda en cuanto tuvo conocimiento de la verdad biológica del niño (cuatro meses después del nacimiento), confirmado con la prueba de ADN, aunado a lo declarado por su esposa y el padre biológico del niño. Es necesario precisar que los cónyuges se encontraban separados de hecho y habían iniciado los trámites de divorcio, sin embargo, estos se vieron interrumpidos por una reconciliación que finalmente no prosperó. La jueza valoró que el demandante y su cónyuge se divorciaron y el niño convivía junto con sus padres biológicos ostentando la posesión constante de estado. Por ello, la jueza interpretó que el plazo definido por la norma era reducido y si aplicaba una interpretación literal de esta perjudicaría el interés superior del niño. Por lo tanto, sustentó que:

[...] no puede ignorar que la norma mencionada (artículo 364 del Código Civil) establece un plazo reducido y perentorio, pues a decir del Dr. Cornejo Chávez cualquier impugnación habrá de perjudicar al hijo; pero en casos como el presente existen criterios jurisprudenciales que propugnan opciones diferentes respecto al plazo con que se cuenta para accionar una impugnación. “En este sentido, la Sala Especializada de Familia (Exp. N° 860-2002, Lima, Impugnación de Reconocimiento de Paternidad) consideró que a partir del interés superior del niño y siendo que el menor cuenta con un año de edad, deben agotarse en el presente proceso las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios

pertinentes, debiendo disponer el juez que se practique la prueba de ADN, por lo que se declara nulo el auto que falla improcedencia de la demanda.”

De esta manera, el niño no debe vivir engañado a una verdad y tiene el derecho de llevar el apellido de su padre biológico y relacionarse con la familia de éste, quedando desterrados los criterios que han venido adoptando algunos jueces de hacer prevalecer los 90 días bajo los fundamentos de la protección del nombre e identidad del niño y de la irrevocabilidad del reconocimiento.

Cabe señalar que para la utilización y aplicación de los criterios adoptados por la Sala de Derecho de Familia de Lima y La Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social, en lo que sea pertinente hay que tener presente lo dispuesto por el Art. 376 del Código Civil, en lo que se refiere a la protección de la integridad psicológica del niño.

En los últimos tiempos se ha dado avances científicos como la prueba biológica del ADN, incorporado a nuestra legislación mediante la Ley 27048 “**Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad**” del 06 de enero de 1999, es posible desde entonces establecer la auténtica paternidad de un menor hacia su padre natural; más aún, con el proceso especial establecido en la Ley 28457 “**Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial**”, se ha facilitado a que un niño sea reconocido por su verdadero progenitor, en otras palabras por medio de esta última norma el Estado peruano le está generando mayor protección al niño no reconocido no sólo para conocer a su padre biológico, sino también para que sea atendido por este en sus necesidades como son los alimentos y demás derechos que le corresponden.

Es necesario tener presente que los Arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño que el Perú ha suscrito y es parte, señalan que todo niño tiene el derecho de relacionarse con su familia, de conocer su auténtica identidad, llevar los apellidos de sus verdaderos padres.



Si esas normas de la Convención que tienen rango constitucional las concordamos con el Art. IX del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente, se puede deducir que el verdadero interés superior para el niño es conocer a sus padres biológicos, lleve los apellidos de estos, y pueda relacionarse con la familia.

Por lo tanto, el auténtico sentido de interpretación y aplicación de las normas, es claro que los 90 días que se establecen en nuestro Código Civil para negar y/o impugnar la paternidad de quien no es su hijo no deben ser un obstáculo para ser contrarios a normas de mayor jerarquía, por lo que tácitamente las normas que señalan esos plazos han quedado subrogadas por el verdadero “Interés Superior del Niño y del Adolescente”.

### **3.2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL PROCESO DE AMPARO N° 4167-2011-CALLAO**

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia recaída en el Proceso de Amparo N° 4167-2011-Callao, ratifica el criterio jurisprudencial por el cual se establece que el reconocimiento de paternidad puede accionarse en cualquier momento, declarando inaplicable los plazos de caducidad para dicha pretensión.

La parte demandante formulo demanda de acción de amparo al considerar que se le estaban vulnerando sus derechos constitucionales, fundamentando su demanda en el principio de imprescriptibilidad de la filiación de paternidad regulado por nuestro Código de Civil de 1984.

Se precisa, que el demandante interpuso demanda de filiación de reconocimiento de paternidad, contra la sucesión de su padre biológico

La parte demandada hizo prevalecer una excepción de caducidad debido a que el demandante nació durante la vigencia del derogado Código Civil del año 1936, cuerpo legal que en su artículo 379° señalaba que:

“No podrá intentarse la acción para que se declare la paternidad después de transcurridos tres años de la mayoría del hijo. Sin embargo, en el caso del inciso 2

del artículo 366° (cuando el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo del padre), la acción subsiste hasta la expiración del año siguiente al fallecimiento del presunto padre”.

Por su parte la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, considera que es inaplicable el artículo 379° del Código Civil de 1936, toda vez que atenta contra el derecho a la identidad del demandante en el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial y por cuanto la verdad genética no puede estar subordinada a un plazo.

En lo concerniente a las consideraciones de la corte suprema se aprecia que el Colegiado Supremo, confirmó los criterios asumidos por la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín y declaró la inaplicación del artículo 379°, al considerar que las normas de rango constitucional deben de primar sobre las normas de rango procesal, todo ello en razón de que “el derecho a la identidad tiene jerarquía constitucional” y al estar este reconocido por nuestro ordenamiento jurídico actual no tendría por qué ser desplazado por una norma anterior.

Finalmente, se declaró nulo el auto de vista que declaró fundada la excepción de caducidad de la filiación.

Por lo tanto, se concluyó que la Corte Suprema (CS) ratifica el criterio jurisprudencial: “El reconocimiento de paternidad puede accionarse en cualquier momento y no es de aplicación los plazos de caducidad”.

Consideramos que la verdad sobre la paternidad genética no puede estar subordinada a plazo alguno de caducidad, pues toda persona tiene derecho a su identidad. Por lo tanto, ninguna norma, ya sea vigente o que pretenda aplicarse ultractivamente (como el Código Civil de 1936) podría desconocer dicho derecho constitucional.

Así lo estableció la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia recaída en el Proceso de Amparo N° 4167-2011-Callao. En este proceso se cuestionaba un auto de vista emitido en el

trámite de un proceso sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial, que declaraba fundada la excepción de caducidad bajo las reglas previstas en el artículo 379 del Código Civil de 1936.

Se observa que el caso que motivó esta decisión fue el siguiente: una persona interpuso demanda de filiación de reconocimiento de paternidad y la dirigió contra la sucesión de su padre biológico. En dicho proceso, la parte demandada hizo prevalecer una excepción de caducidad debido a que el demandante nació durante la vigencia del derogado Código Civil de 1936, cuerpo legal que en su artículo 379 señalaba que “no podrá intentarse la acción para que se declare la paternidad después de transcurridos tres años de la mayoría del hijo.

Sin embargo, en el caso del inciso 2 del artículo 366 (cuando el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo del padre), la acción subsiste hasta la expiración del año siguiente al fallecimiento del presunto padre”.

En este contexto el Juez del Cuarto Juzgado de Familia de Huancayo aplicó el referido artículo 379 y estimó la excepción de caducidad presentada por los miembros de la sucesión. Frente a lo resuelto, el demandante decidió cuestionarlo por medio de una acción de amparo debido a que consideró que se vulneraban sus derechos constitucionales fundamentando su demanda en que el principio de imprescriptibilidad de la filiación de paternidad ya está regulado por el Código Civil de 1984.

Las razones del amparo: la prevalencia de la verdad genética; la demanda de amparo fue declarada fundada por la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, declarándose inaplicable el artículo 379 del Código de 1936, toda vez que atenta contra el derecho a la identidad del demandante en el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial y por cuanto la verdad genética no puede estar subordinada a un plazo.

Se apeló la sentencia, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema confirmó los criterios asumidos por la instancia previa y declaró la inaplicación del artículo 379. La Corte consideró que las normas de rango



constitucional deben de primar sobre las normas de rango procesal, todo ello en razón de que el derecho a la identidad tiene jerarquía constitucional y al estar este reconocido por nuestro ordenamiento jurídico actual no tendría por qué ser desplazado por una norma anterior.

### **3.3. ANÁLISIS DE LA CAS. N° 1303-2013 San Martín**

De acuerdo a la Cas. N° 1303-2013 San Martín se aprecia que la Corte Suprema estableció que no procederá la excepción de caducidad en los procesos de impugnación de paternidad pese a que haya transcurrido más de un año desde que el actor alcanzó la mayoría de edad. Así, se prioriza el derecho de identidad.

Procede la impugnación de paternidad cuando el hijo haya conocido la existencia de su padre biológico, su verdadera identidad biológica a pesar de que ya había transcurrido más de un año después de cumplir su mayoría de edad. Deberá tenerse en cuenta la fecha efectiva del conocimiento de la paternidad para computar dicho plazo y el derecho a la identidad de toda persona.

Así lo dispuso una reciente sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, recaída en la Cas. N° 1303-2013 San Martín publicada en El Peruano el 30/12/2015.

Una mujer se casó con una nueva pareja, el cual reconoció legalmente y por voluntad propia a su hija, a pesar de no ser su padre biológico. Muchos años después, y luego de que cumpliera la mayoría de edad, la madre decidió contarle la verdad a su hija sobre su identidad.

Luego de conocer dicha verdad, la hija interpuso una demanda de impugnación de paternidad contra su padre legal al no ser este su padre biológico y al no existir vínculo filial y nexo biológico entre ambos; asimismo, requirió que su padre biológico la reconozca.

El codemandado (padre biológico) formuló excepción de caducidad, sustentándose en lo regulado por el artículo 401 del Código Civil, el cual establece

que el plazo de caducidad del referido derecho o pretensión es de un año y debe computarse desde que se adquiere la mayoría de edad o cese de la incapacidad.

La demandante absolvió la excepción presentada por el codemandado, señalando que se enteró de la verdad mucho tiempo después de adquirir la mayoría de edad, pero que esto no puede ser un motivo que atente contra su derecho a la identidad. Asimismo, precisó que deberá aplicarse por extensión el artículo 410 del Código Civil que a la letra dice: “no caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial”. Por dichos criterios, el juez de fondo declaró inaplicable el artículo 401 del Código Civil.

El emplazado apeló dicha sentencia argumentado que si el juez declara infundada la excepción de caducidad crearía una crisis familiar debido a que la demandante ya formaba parte de una familia bien constituida por más de cuarenta años; y que ello podría constituir un caos social familiar en nuestro estado de derecho. La Sala Superior desestimó dichos argumentos y declaró infundada la excepción de caducidad bajo los mismos criterios de la primera instancia.

El presunto padre interpone recurso de apelación alegando que se estaba infringiendo lo establecido por el Artículo 401° del Código Civil; a lo cual la Corte Suprema afirmó que el pedido del recurrente no puede admitirse, teniendo en cuenta que desde la fecha que la demandante tuvo conocimiento (octubre 2010) a la fecha de interposición de la demanda (enero 2011) no ha pasado más de un año que la normatividad exige para impugnar la paternidad, más aún, si la Constitución reconoce el derecho de toda persona a su identidad, así como el de los padres a que se le reconozca y ejerzan su paternidad. Por todo ello, determinó que no existe infracción alguna al artículo 401 del Código Civil, por lo que declaró infundado el recurso de casación.

### **3.4. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 2726-2012-DEL SANTA**

La Corte Suprema declaró que un menor de edad no es hijo del esposo de la madre, sino de un tercero. Y lo hizo sin que el marido haya negado la paternidad del menor, como lo exige el Código Civil.

Dicho código reconoce la denominada “presunción de paternidad”, por la cual, el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido (art. 361). Es por eso que los artículos 396 y 404 del Código Civil establecen que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido por el padre biológico sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Pese a ello, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema (Casación N° 2726-2012-DEL SANTA), consideró que, por encima de dicha regulación, lo que está en juego es la identidad biológica del menor. En ese sentido, precisó que las medidas a aplicar para definir su filiación deben ser interpretadas conforme al principio de interés superior del menor.

El padre biológico de una menor de edad interpuso demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad contra la madre y el padre legal de su menor hija, adjuntando como medio probatorio una prueba de ADN. Esta nació dentro del matrimonio entre estas dos últimas personas, por lo que su filiación operó bajo la presunción de hijo matrimonial.

La primera instancia declaró fundada la demanda, sin embargo, la segunda la declaró improcedente. Esto porque, según el ordenamiento jurídico, el presunto padre biológico de una menor de edad carece de interés para obrar para postular un proceso sobre impugnación de reconocimiento de paternidad. Solo el padre legal o su representante legal (madre) detentan dicha prerrogativa.

El Colegiado señaló que, si bien la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio es una regla de carácter imperativo, esta no es de fuerza absoluta, admitiéndose prueba en contrario.

Concluye, en ese sentido, que “el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en los casos nacidos dentro del matrimonio [artículos 396 y 404 del Código Civil], limita el derecho no solo del padre biológico, sino que contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor, quien por ley y mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger”.



Bajo estas consideraciones, declaró fundado el recurso de casación y nulo el auto de vista. Confirmó, de esta forma, la sentencia que estimó en primera instancia la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por un padre biológico contra la madre y el padre legal de una niña.

### **3.5. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 864-2014-ICA**

La casación N° 864-2014-Ica (El Peruano, 30/12/2014), en la cual el demandante cuestiona haber reconocido a un menor como hijo suyo. Pues, acredita su no paternidad a través del examen de ADN, indicando que fue inducido a engaño por la demandada para practicar dicho reconocimiento.

El supuesto padre demanda la nulidad de la partida de nacimiento del menor, ante la municipalidad correspondiente, por encontrarse viciado, debido al dolo proveniente del engaño de la madre del menor, al obligarle mediante amenazas a reconocer y/o firmar una paternidad indebida y nula debido a que de la prueba de ADN que se practicó, resulta que al 100 % no es el padre biológico.

En Primera Instancia, declaran fundada la demanda en razón a que del informe pericial se ha desprendido que no existe vínculo parental que lo una con el menor por lo que, tal pretensión deber ser atendida, considerando además el interés superior del niño y el resguardo de su derecho a la identidad. En segunda instancia, revocan la sentencia apelada y declaran infundada la demanda en atención a que la norma imperativa contenida en el artículo 395 del Código Civil, establece la irrevocabilidad del reconocimiento, por lo que una vez llevado a cabo no se puede impugnar; salvo excepciones como error, dolo y violencia que en el presente caso no han sido probados fehacientemente y que, además, la prueba de ADN no es un hecho suficiente para solicitar la anulación, debido a que también debe concurrir el supuesto de una voluntad viciada, puesto que, la voluntad sola no es suficiente.

En atención a lo anteriormente señalado la Sala Suprema concluye que el reconocimiento de paternidad o maternidad es un acto irrevocable y exento de modalidades, por lo que debe interpretarse de manera sistemática con la integridad de nuestro ordenamiento normativo jurídico, esto es de conformidad con la

constitución que establece el derecho al nombre y con el artículo VI del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes que señala la verdad biológica, según el cual el derecho a la identidad del menor, incluye el derecho a conocer a sus verdaderos padres y llevar sus apellidos.

La Sala Civil Transitoria casa la sentencia vista y enfatiza que el artículo 395 del Código Civil –sobre irrevocabilidad del reconocimiento de paternidad– debe interpretarse en concordancia con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, esto es, sobre la concepción del derecho a la identidad.

En tal sentido, indica que el derecho a la identidad, en el marco de lo dispuesto por el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres. Ergo, la Sala Civil, ordena se emita una nueva resolución.

Existe un voto en minoría que declara infundada el recurso de casación, pues señala que cuando se objeta el derecho a la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental. Así, en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica deberá imponerse a la verdad legal atendiendo a situaciones especiales límites que el juez debe analizar.

### **3.6. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 3797-2012-AREQUIPA**

La demanda fue entablada por el padre de un adolescente de diecisiete años a efectos de que se practique la prueba de ADN, pues por referencia de terceros se había enterado de que él no era el verdadero padre del menor.

En respuesta, la madre del menor formuló excepción de caducidad, ya que según lo establecido por el artículo 400 del Código Civil establece el plazo de 90 día para negar el reconocimiento, por lo que la acción interpuesta por el demandante había caducado de pleno derecho. Asimismo, agregó que el artículo 399 del Código Civil señala que el reconocimiento solo puede ser negado por el padre que no intervino en el acto de reconocimiento.

Estos argumentos fueron recogidos por la Sala Suprema quien haciendo referencia a lo alegado por la parte demandada; plazo de caducidad de 90 días y el hecho de que el padre haya reconocido al menor mediante acto formal; así mismo señalo el carácter irrevocable del reconocimiento, dispuesto por el artículo 395 del Código Civil. Declarando improcedente la demanda de impugnación de paternidad de un menor de edad de diecisiete años.

La Sala dentro de uno de sus considerandos expresó que la paternidad no se fija solo por la verdad genética, señaló la Suprema, pues este constituye únicamente un aspecto de la identidad, que es la estática; mientras que la identidad dinámica es un proyecto continuo más allá de los datos fijos, que es la propia historia del individuo, lo que lo hace idéntico así mismo.

Como se puede apreciar, esta sentencia contraviene la tendencia jurisprudencial que hasta entonces le otorgaba preponderancia a la prueba científica de paternidad sin acoger el criterio dispuesto por el Código Civil, respecto a la resolución de los procesos de impugnación de paternidad frente al esclarecimiento de la verdad biológica del menor a través de la prueba de ADN.



## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS DE LA ENCUESTA REALIZADA

#### 4.1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS ABOGADOS DE AREQUIPA

Se aplicó la encuesta a los abogados especialistas en Derecho Civil y los datos obtenidos fueron analizados e interpretados expresados en cuadros estadísticos, así como también en gráficos de barras.



## CUADRO N° 1

## 1. ¿Según usted, en el Derecho a la Identidad del niño debe predominar la faz estática o dinámica?

Alternativas	F	%
Faz estática	21	6
Faz dinámica	85	25
Ambas	240	69
<b>Total</b>	<b>346</b>	<b>100</b>

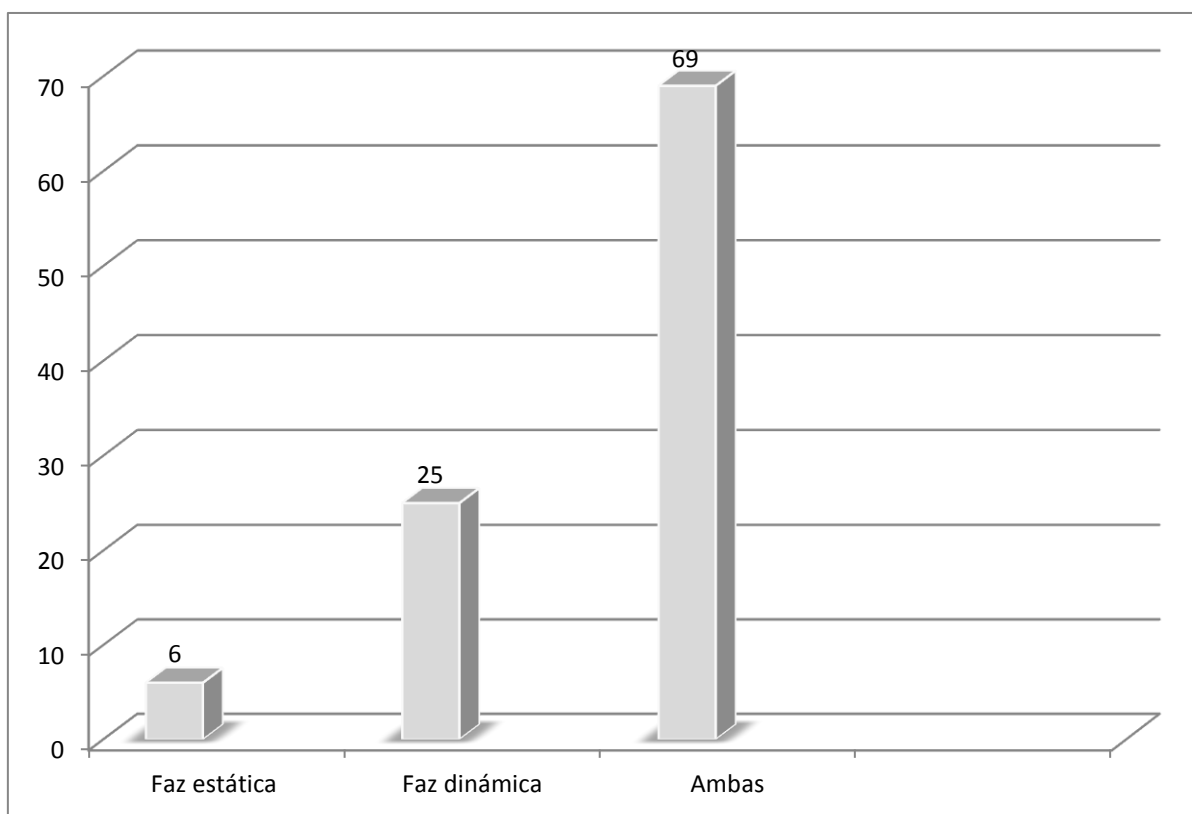
**Fuente:** Encuesta**Elaboración:** Propia

De acuerdo a este cuadro un 69% de abogados expresa que tanto la faz estática como la faz dinámica son esenciales en la identidad del niño; posteriormente un 25% señala que debería predominar la faz estática y finalmente un 6% expresa que debe predominar la faz dinámica.

Se infiere de este cuadro que las tres cuartas partes de abogados están de acuerdo que son importantes la faz estática y la faz dinámica en el derecho a la identidad del niño.

GRÁFICO N° 1

1. ¿Según usted, en el Derecho a la Identidad del niño debe predominar la faz estática o dinámica?



**Fuente:** Encuesta

**Elaboración:** Propia



## CUADRO N° 2

## 2. ¿Usted considera que el Interés superior del niño tiene colisión con la impugnación de la paternidad?

Alternativas	F	%
Si	84	55
No	72	21
Depende del caso	190	24
<b>Total</b>	<b>346</b>	<b>100</b>

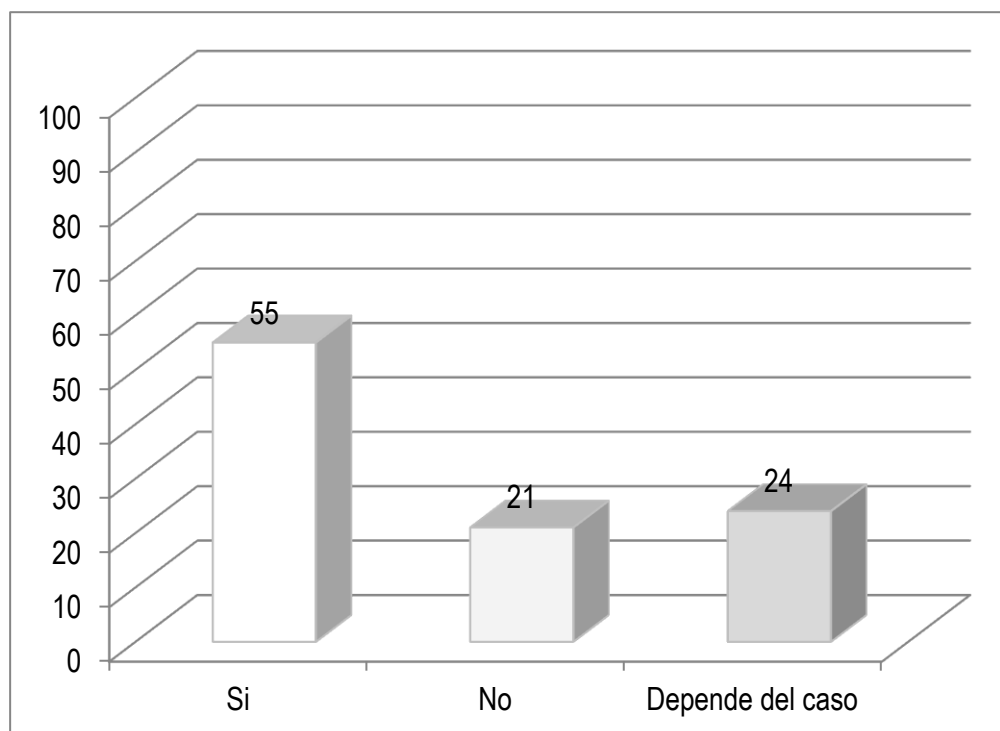
**Fuente:** Encuesta**Elaboración:** Propia

Un 55% de abogados expresa que existe una colisión entre el interés superior del niño y la impugnación de la paternidad; después un 24% señala que la colisión depende de cada caso concreto y finalmente un 21% expresa que no existe ninguna colisión.

Se infiere de este cuadro que más de la mitad de profesionales del derecho considera que hay una colisión entre el interés superior del niño y la impugnación de la paternidad. Esta situación podría generar conflictos en el ámbito jurídico en lo que se refiere a la identidad del niño.

## GRÁFICO N° 2

2. ¿De acuerdo a usted considera que el Interés superior del niño tiene colisión con la impugnación de la paternidad?



**Fuente:** Encuesta

**Elaboración:** Propia

## CUADRO N° 3

## 3. ¿De acuerdo a su criterio debe predominar el Interés superior del niño o la impugnación de la paternidad?

Alternativas	F	%
Interés superior del niño	224	65
Impugnación de la paternidad	91	26
Ambos	31	9
<b>Total</b>	<b>346</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta**Elaboración:** Propia

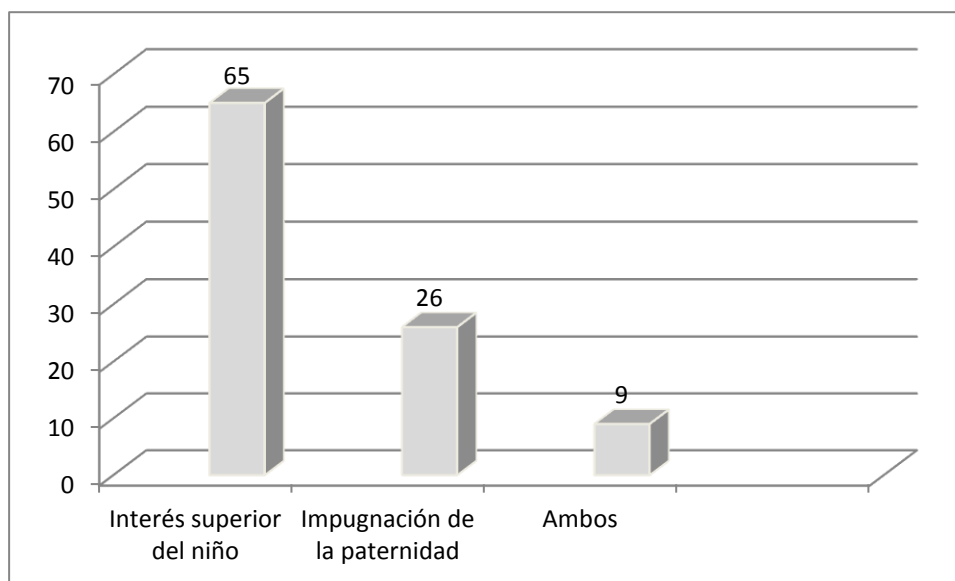
En este cuadro un 65% de abogados señala que debe predominar el interés superior del niño; después un 26% considera que no debe predominar ni el interés superior del niño ni la impugnación de reconocimiento de filiación extramatrimonial y finalmente un 9% expresa que debe predominar la impugnación de la paternidad.

Se deduce que más de la mitad de abogados está de acuerdo con el interés superior del niño que se encuentra establecido en la Convención de los Derechos del Niño.



### GRÁFICO N° 3

3. ¿De acuerdo a su criterio debe predominar el Interés superior del niño o la impugnación de la paternidad?



**Fuente:** Encuesta

**Elaboración:** Propia

## CUADRO N° 4

**4. Según su criterio, ¿cómo considera el plazo de impugnación de reconocimiento de filiación extramatrimonial establecido en el Código Civil?**

Alternativas	F	%
Adecuado	203	59
Debería aumentarse a un año el plazo	47	13
Debería aumentarse a dos años el plazo	96	28
<b>Total</b>	<b>346</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta

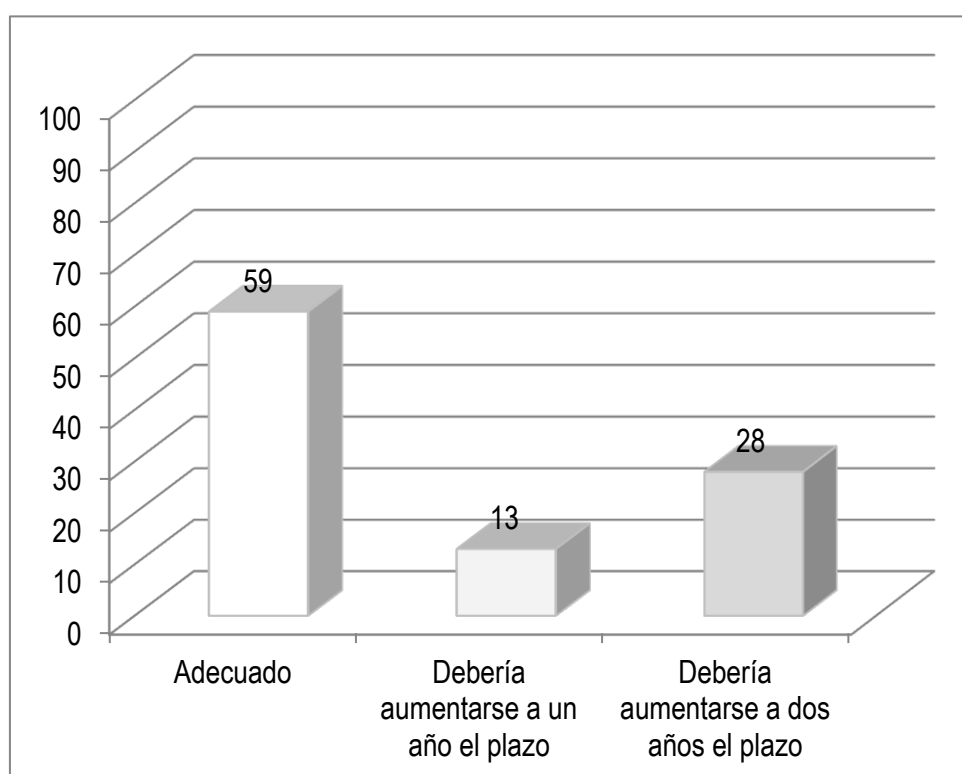
**Elaboración:** Propia

Un 59% de abogados considera adecuado el plazo de impugnación de reconocimiento de filiación extramatrimonial paternidad, después un 28% señala que debería aumentarse a dos años el plazo y finalmente un 13% expresa que debería aumentarse a un año el plazo.

Se infiere que más de la mitad de abogados está de acuerdo con el actual plazo de impugnación en cuanto al reconocimiento y filiación extramatrimonial.

GRÁFICO N° 4

4. Según su criterio, ¿cómo considera el plazo de impugnación de reconocimiento de filiación extramatrimonial establecido en el Código Civil?



**Fuente:** Encuesta

**Elaboración:** Propia



## CUADRO N° 5

## 5. ¿Según usted, considera la prueba de ADN como requisito esencial en la identidad del niño?

Alternativas	F	%
Si	302	87
No	44	13
<b>Total</b>	<b>346</b>	<b>100</b>

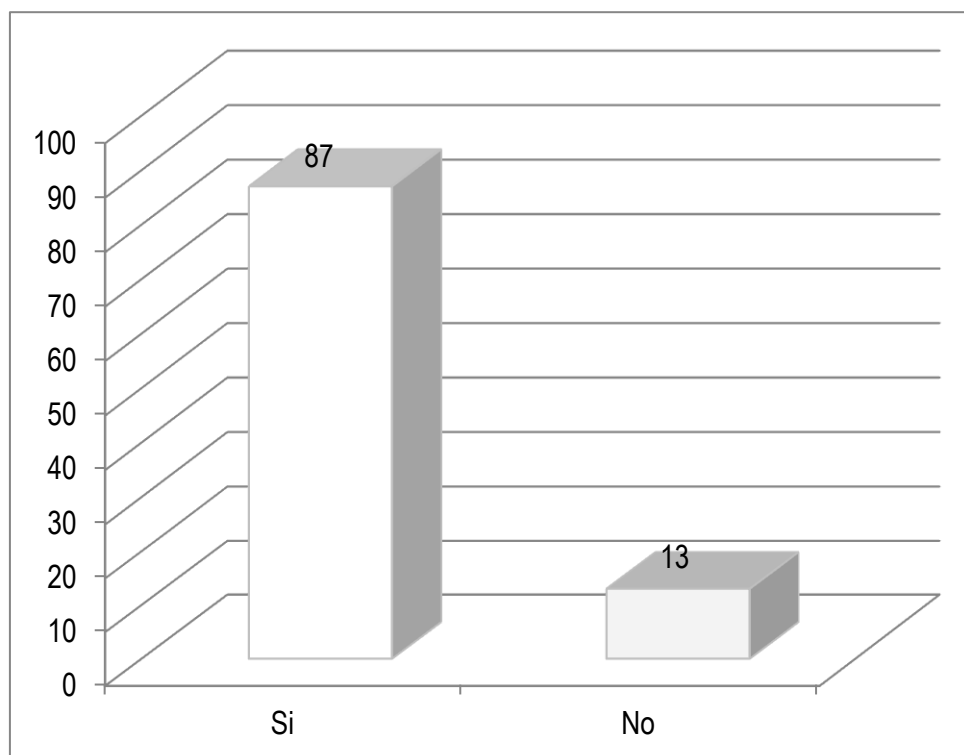
**Fuente:** Encuesta**Elaboración:** Propia

Un 87% de abogados considera que, si la prueba del ADN es un requisito esencial para la identidad del niño y finalmente un 13% no lo considera así, debido a que para ellos existe otras formas actuales y futuras.

Se deduce de este cuadro que de modo significativo los abogados se encuentran de acuerdo que la prueba de ADN es importante y básica para la identificación del niño, de esta manera la ciencia contribuye a esclarecer dicha problemática.

GRÁFICO N° 5

5. ¿Según usted, considera la prueba de ADN como requisito esencial en la identidad del niño?



**Fuente:** Encuesta

**Elaboración:** Propia

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El derecho del niño de conocer su verdadera identidad, derecho constitucional; se encuentra por encima del derecho que alega el presunto padre en los procesos de impugnación de paternidad; proceso que puede estar basado en razones que se refieren al fondo mismo del reconocimiento y para cuyo efecto se exige que se produzca la prueba de ADN; la cual en el supuesto que demuestre la existencia de un vínculo biológico entre ambos obliga a dicho progenitor a asumir las responsabilidades propias de su relación paterno filial. Es necesario precisar que al priorizar el derecho a la identidad del niño, no se pretende vulnerar los derechos del presunto progenitor; entre ellos el derecho a la intimidad y el debido proceso sin embargo no pueden ser invocados por el demandado con el propósito de evadir su responsabilidad y de este modo privar al reclamante el derecho a conocer su realidad biológica y su identidad, debido a que es necesaria la protección del derecho a la identidad del niño, teniendo en cuenta su estado de vulnerabilidad y el principio del interés superior del niño.

**SEGUNDA. -** La identidad estática forma parte del derecho a la identidad; y se encuentra comprendida por los aspectos de la personalidad tales como el origen, el sexo, el estado civil, la imagen y la filiación. El fundamento de la identidad estática se encuentra en el derecho que tiene toda persona de conocer su origen biológico, el cual puede ser entendido como el derecho a acceder a una investigación judicial para saber quiénes son sus padres y, consiguientemente, a tener la relación padre o madre e hijo, que surge del nexo biológico. Es de vital importancia preservar el derecho a la identidad estática del niño, debido a que mediante el conocimiento de sus antecedentes biológicos se le permitirá la satisfacción de sus necesidades básica y en consecuencia su desarrollo personal; es por esta razón que se debe tener en cuenta que la investigación de la paternidad para el esclarecimiento de la identidad del menor, está por encima de cualquier norma de carácter procesal; de esta manera, ante la colisión de derechos, el de la identidad debe prevalecer, en pro del interés superior del niño.

**TERCERA. -** En cuanto a la identidad dinámica, la cual está referida aquellos aspectos que definen la personalidad proyectada hacia el exterior, tales como el bagaje intelectual, político, social, cultural, profesional, etc. El fundamento de la identidad dinámica es



permitir y proteger que la persona pueda proyectar aspectos de su personalidad dentro de su entorno, la sociedad; otorgándole su desarrollo social afectivo a partir de sus cualidades. La identidad dinámica le otorgará a la persona la capacidad de interrelacionarse dentro de la sociedad como único. Tanto la faz dinámica como la estática son aspectos inseparables, sin embargo, no es posible la proyección histórico-existencial del hombre (aspecto dinámico), sin que encuentren debido resguardo los iniciales elementos de la primera identidad (aspecto estático).

**CUARTA.** - Mediante el proceso de impugnación de la paternidad se pretenderá determinar la verdad biológica del menor, y establecer la filiación basada en la verdadera identidad del menor. El proceso de impugnación de paternidad se origina cuando se duda respecto a la veracidad de la paternidad de una persona, cuando un niño nace bajo el matrimonio de sus padres o estando estos en unión marital de hecho se presume la paternidad, sin embargo, esta presunción admite prueba en contrario. En este contexto el derecho del niño a conocer a sus padres y en consecuencia a llevar sus apellidos deriva del derecho protegido por la Constitución Política del Perú, como es derecho a la identidad y por ello debe primar la verdad biológica del niño, bajo cualquier supuesto y en base a la indagación de la paternidad a través de las acciones de filiación, las cuales no solo se deben admitir en tanto al padre legal, sino también respecto al padre biológico, teniendo en cuenta esencialmente el interés superior del niño; y la protección principal de una identidad estática.

**QUINTA.** - Mediante la jurisprudencia analizada, se puede concluir que, en su mayoría, su orientación es otorgar la primacía al derecho a la identidad del niño sobre cualquier derecho que puede alegar el presunto padre en los procesos de impugnación de paternidad; teniendo como premisa y base principal la protección del principio del interés superior del niño. Basados en esta orientación nuestra jurisprudencia respalda y aprueba la aplicación de la prueba de ADN y otras de validez científica, siendo trascendente por su alto grado de certeza y acreditación de la filiación. Sin embargo, resulta evidente la falta de un criterio establecido para la solución de procesos en donde se puede ver afectado el derecho a la identidad del menor como es el caso de los procesos de impugnación de paternidad.

## SUGERENCIAS

**PRIMERA:** Es importante que el Estado peruano financie el examen del ADN a personas en extrema pobreza, previo estudio realizado por una trabajadora social del Ministerio de Justicia, con la finalidad de efectuar una identificación plena de quienes son los padres verdaderos, para alcanzar, sin discriminar, y de este modo hacer efectivo el acceso a una justicia oportuna.

**SEGUNDA:** Se debe brindar capacitación al personal administrativo vinculado al Registro de Nacimientos de las Municipalidades, con la finalidad que por medio de estas capacitaciones, cursillos y talleres entre otros se informe y sensibilice sobre la importancia de conocer la verdadera identidad de los niños. Así también se debería informar sobre los servicios jurídicos que se ofrece a través de consultorios gratuitos y otros.

**TERCERA:** Es importante que la Universidad Católica de Santa María a través de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas brinde charlas a las personas en general, junto con los profesores y los estudiantes de los últimos años mediante los diferentes medios de comunicación social principalmente emisoras radiales y canales de televisión, con la finalidad de concientizar al público en general sobre la importancia de respetar y velar por el derecho a la identidad del niño.

**CUARTA:** El Colegio de Abogados de Arequipa debería organizar seminarios, fórum y otros eventos similares con el propósito de profundizar los conocimientos sobre la importancia del principio del interés superior del niño, aspectos de filiación e impugnación de paternidad entre otros temas.

**QUINTA:** Sería conveniente que el Congreso peruano analizara de manera detenida el principio de interés superior del niño con el propósito de efectuar la aclaración respectiva y profundización sobre este principio con la finalidad de proteger a los niños en los procesos de aclaración de filiación, como es el caso de los procesos de impugnación de paternidad.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR LLANOS, Benjamín. Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho. En: Revista Gaceta Constitucional. Tomo 35. Editorial Gaceta Jurídica; Lima, Perú. Noviembre, 2010.
2. AGUILAR LLANOS, Benjamín. La familia en el Código Civil Peruano. Ediciones Legales. Lima. 2008.
3. ALBALADEJO, Manuel. Derecho de Familia. Bosch Editores. Barcelona, España. 1994
4. ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Lecciones de Derecho Civil. Editorial Temis. Cuarta Edición. Bogotá. 2001.
5. BAEZA CONCHA, Gloria, Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global. 2002.
6. BARBERO, Doménico: Sistema del Derecho privado, Tomo II. EJE. Buenos Aires. 1967
7. BELLUSCIO, Augusto César. Manual de derecho de familia. Tomo II. 10a ed. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2011.
8. BELLUSCIO, Claudio. Prestación alimentaria. Régimen Jurídico. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2006.
9. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2004.
10. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires- Argentina. 2001



11. CALVO BLANCO, Elena Beatriz. La protección de los derechos del niño en la Constitución española. En Revista Normas Legales. Tomo 246. noviembre de 1996.
12. CANCADO TRINDADE, Antonio. La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 1996.
13. CARNELUTTI, Francesco; La Prueba civil Traducido por Niceto Alcalá Zamora y Castillo; 2da ed., ediciones Depalma, Argentina; 1982.
14. CHIERI, Primarosa Y ZANNONI, Eduardo A. Prueba del ADN, Editorial Astrea. Buenos Aires. 2001.
15. CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. En García Méndez, Emilio. Beloff, Mary. (comp.), "Infancia, ley y democracia en América Latina análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. Editorial Temis/Depalma, Colombia 1998.
16. CÓDIGO DE LEGISLACIÓN CIVIL, aprobado por el Real decreto de 24 de julio de 1889. BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889.
17. COELLO GARCÍA, Enrique, Derecho Civil, Derecho de Familia, Editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana. Ecuador. 1991
18. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Editorial Studium. Lima. 1985
19. CORRAL, Hernán. Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la ley 19585. Documentos de trabajo N° 25 Universidad de los Andrés, Santiago de Chile. 1998.
20. COSTAS LUGO, Carolyn. Las pruebas del ADN y su justo valor probatorio. Revista de Derecho Puertorriqueño, San Juan. Vol 37. Nums. 2 y 3. 1998.

21. DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A. México. S.A. 1984.
22. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. T. I. Víctor P. de Zavalía editor. Argentina. 1981.
23. DIEZ-PICAZO-GULLÓN. Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Pág. 311 en Mizrahi, Mauricio. Identidad filiatoria y pruebas biológicas. Editorial Astrea, Buenos Aires. 2006.
24. DOLOMBO, Louis. Derecho Civil, Tratado Civil de las Personas. Editorial. Buenos Aires. 1952.
25. ESPINCA NOVAS, Diego: Manual de Derecho civil español, 7a. edición. Vol.IV. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid. 1982.
26. EXPEDIENTE. Núm. 34-96/Lima. Corte Suprema de Justicia. La prueba de ADN, Cuadernos jurisprudenciales, año 4, núm. 37, julio de 2004.
27. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña. El requisito del consentimiento del hijo mayor de edad para el reconocimiento de su filiación. Revista de derecho privado. Año nº 82, Mes 3, 1998
28. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
29. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Nuevas tendencias en el derecho de las personas. Universidad de Lima. Lima. 1990.
30. FERNÁNDEZ, Marisol. Manual de Derecho de Familia: Constitucionalización y Diversidad familiar. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2013.
31. FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. Editorial, Trotta. Madrid. 2007.
32. GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Humanos y la Constitución. Editorial Gráfica Horizonte. Lima 2001.

33. GUITRON FUENTEVILLA, Julián. Prospectiva del Derecho Familiar. Octavo Congreso Mundial sobre Derecho Familiar, Caracas, Venezuela. 1994.
34. LA CRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco. Derecho de Familia. Editorial Bosch, Barcelona, 1966.
35. LANDA ARROYO, Cesar. Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la cosa juzgada en el proceso de filiación. Diálogo con la jurisprudencia, N° 211, julio 2011
36. LÓPEZ RIVERA, Gisella. Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales, Editorial Cono Sur Ltda., Santiago Chile, 2001.
37. LORENZO DE FERRANDO, María Rosa. Derecho y Familia. Editorial Jurídica. México. 2001.
38. MAGALDI, Nuria. Derecho a saber, filiación biológica y administración pública, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pans, 2004.
39. MANS, Jaime Y PUIG ARNAU: El Consentimiento Matrimonial, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 195, citado por SUÁREZ FRANCO, Roberto: Derecho de Familia, Tomo 1. Ed. Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1984.
40. MATEOS ALARCÓN, Manuel. Las pruebas en Materia civil, mercantil y federal. Cárdenas Editor y distribuidor. México. 1988.
41. MATOS, José. Curso de Derecho Internacional Privado. Editorial Sánchez & de Guyise. Guatemala, 1922.
42. MERINO MARTÍNEZ, Catalina. El derecho a conocer el propio origen biológico, Colombia, Editorial Leyer, 2009.
43. MIZRAHI, Mauricio Luis. Identidad filiatoria y pruebas biológicas: derecho a conocer la identidad genética, indicio en contra de la parte renuente a la pericia, compulsión para realizar las pruebas biológicas, recaudos para exámenes de ADN,



alcances probatorios, falibilidad del resultado. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2004.

44. MOLINA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia. Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial. Ponencia presentada en el Congreso Interamericano de derechos y garantías en el siglo XXI. Asociación de Abogados de Buenos Aires 1999.
45. MORAN DE VICENZI, Claudia. El concepto de filiación en la fecundación extracorpórea. Ara Editores-Universidad de Piura. Lima. 2004.
46. NORA LLOVERAS Marcelo Salomón. El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2009.
47. OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1974.
48. PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. Abogados Asociados Editores. México. 2001
49. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. . Filiación y patria potestad en la doctrina y Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Lima. 2003.
50. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor en la investigación de la filiación”, Diálogo con la jurisprudencia, N° 53, agosto, 2003.
51. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. La Evidencia Biológica y la presunción de paternidad matrimonial. En: Iuris Consulto, No. 2. Lima, Universidad San Ignacio de Loyola, enero 2010
52. PLANIOL, Marcel. Derecho civil. Biblioteca Clásicos de Derecho. Paris: 3ª. Edición Volumen 8, Ed. Oxford University Press-Harla. 1946.

53. PUIG PEÑA, Federico. Tratado de derecho civil español. T. II. Vol. II. Pág. 3 en Mizrahi, Mauricio Luis, identidad filiatoria y pruebas biológicas, Editorial Astrea. Buenos Aires. 2006.
54. RAMOS, René. Derecho de Familia. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2009.
55. REVISTA ACTUALIDAD JURÍDICA. Tomo 211. STC EXP. NO. 0550-2008-PA/TC
56. ROSSEL, Enrique. Derecho de familia. Editorial jurídica de Chile. Santiago. 1992.
57. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Constitución, Derechos Humanos y la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito jurisdiccional. En, Apuntes sobre la Reforma Constitucional. Academia de la Magistratura. Revista Institucional N° 6. Lima, junio 2002
58. SANTOS CIFUENTES, Carlos. El derecho a la identidad y la influencia en Argentina, Motivensa editora jurídica, Lima. 2009.
59. SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO, Paulina. La Filiación en el nuevo Derecho de Familia. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile, 2001.
60. SIVERINO, Paola. Cuestionamiento de la filiación matrimonial por la esposa. Editorial Trillas. México. 2001.
61. SOMARRIVA, Manuel citado por: TRONCOSO LARRONDE, Hernán. Derecho de familia, Colección Manuales, Décima Edición, Editorial Lexis Nexis, Universidad de Concepción, 2007.
62. SUÁREZ FRANCO, Roberto: Derecho de Familia, Tomo 1. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1984.

63. TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. El interés superior del niño, ¿puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?, Actualidad Jurídica, N° 182, setiembre 2009.
64. TREJOS SALAS, Gerardo Alberto. Derecho de familia costarricense: Tomo II. 1ra edición reimpresión. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 2005
65. VALENZA ZEA, Arturo. Derecho Civil Derecho de Familia. Tomo Quinto. Editorial Temis. Bogotá. año
66. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético, 48a ed. Editorial Grijley. Lima. 2001.
67. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Editorial Grijley. Lima. 2012.
68. ZANNONI, EDUARDO. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1989



# ***Anexos***



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO EN LA  
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD, AREQUIPA 2016”**

**Proyecto de Investigación presentado por  
la Bachiller en Derecho: Rosa Marymar  
RONDÓN ARREDONDO.**

**AREQUIPA- PERÚ**

**2016**

## PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

### I. PREÁMBULO

La identidad de una persona es un derecho que se encuentra amparado por nuestra Carta Magna, dicho derecho nace desde el momento de la concepción, y a lo largo de nuestra vida debe ser reconocido y protegido por nuestro sistema jurídico; sin embargo en la actualidad existe la posibilidad de realizar un proceso de impugnación de paternidad, mediante el cual se va a reconocer el derecho de filiación del padre, el cual puede vulnerar el derecho constitucional de identidad del niño; es así, que se evidencia la problemática del conflicto dentro de nuestro sistema jurídico entre el derecho de identidad del niño y el derecho de paternidad.

Por el derecho a la identidad, el sujeto está facultado a que se le reconozca como el mismo y no como otro. El derecho a la identidad demanda que no existan normas jurídicas que obstaculicen que la persona sea tenida legalmente como hijo de quien biológicamente es el padre. El derecho a la identidad comprende la protección a una identidad dinámica, que vendrían a ser el conjunto de vivencias, actos, enseñanzas que forman la personalidad; y la identidad estática, que está conformada por todos aquellos datos e información que nos permiten reconocer a una persona.

Cabe resaltar la importancia de la identidad dinámica dentro del derecho a la identidad; debido a que esta va a permitir reconocer a una persona como un ser único mediante su personalidad.

La impugnación sobre paternidad puede estar fundamentada en aspectos referidos al fondo mismo del reconocimiento esto es a la falsedad de la relación paterno-filial (acto nulo o anulable) para cuyo efecto se exige que se produzca la prueba correspondiente que se da a través de la prueba de ADN ordenado por el juez. Esta prueba permite demostrar que los hijos que presumíamos biológicos (de nosotros) resulten no serlo y poder impugnar (anular) el reconocimiento o en el caso de la falsa paternidad de su hijo biológico que lo ha firmado una tercera persona.



El ejercicio del derecho a la identidad entra en conflicto en el Perú con la impugnación de paternidad; porque como se mencionó anteriormente, se puede ver vulnerado el derecho a la identidad del niño y el interés superior de este; al tratar de prevalecer el derecho del padre de que se le reconozca su filiación. Ante esta situación estamos de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño en los artículos 7 y 8 estableciendo que debe prevalecer el derecho a la identidad del niño como parte del interés superior del cual éste goza. El fundamento de la doctrina del Interés Superior del Niño es la protección especial. El legislador debe consagrar, como regla, la primacía del interés del niño por encima del interés de los padres biológicos y el de las demás personas que puedan verse afectadas. Además, como regla general se sabe que frente a situaciones de conflicto de derecho entre ellas el derecho a la identidad y la impugnación de la paternidad se debe buscar una interpretación armónica y conciliadora de diversos preceptos para que estas respuestas estén inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición. Esto se basa en el principio de interés superior del niño establecido en la Convención de los Derechos del Niño. Así mismo se debe tener en cuenta que ante un caso determinado, en donde los menores de edad sean sujetos activos o pasivos de una relación jurídica, deberá aplicarse la Convención sobre los Derechos del niño, sobre cualquier otra norma y en caso de contradicción primará la Convención en lo que le sea más favorable al niño.

El interés superior del niño descansa sobre dos bases sólidas, por un lado, es una garantía del cumplimiento y consecución de los derechos del niño y por otro lado, es un principio y como tal, es obligatorio para toda clase de autoridad, constituyéndose en una auténtica limitación al poder de discrecionalidad de la misma.

Al respecto, la Casación N° 3797-2012-Arequipa se determinó que no se puede impugnar la paternidad de un menor de edad de diecisiete años, debido a que la demanda debe presentarse dentro de un plazo de noventa días, una vez conocido el acto y que tampoco se da, si la demanda es realizada por el propio padre que realizó el reconocimiento.

De este modo se dio preferencia a la identidad dinámica del menor –al tiempo transcurrido en su condición de hijo–, dejando de lado su verdad genética, al no permitirse la actuación de la prueba de ADN. Se aprecia que realmente dicha casación respeta la identidad dinámica. Esta solución –alcanzada en la Casación N° 3797-2012-Arequipa, y emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema– se aparta de la jurisprudencia que ha

venido fallando a favor de tomar en cuenta la prueba científica a fin de determinar la filiación genética.

Por lo contrario, existen casos en la actualidad en los que los jueces suelen recurrir incluso a la inaplicación de artículos del Código Civil a fin de permitir que se averigüe la identidad genética de una persona. Dentro de dichos artículos inaplicados encontramos al artículo 395, que establece la irrevocabilidad del reconocimiento por el propio padre –quien reconoce– y, sobre todo, el artículo 400 que establece el plazo de noventa días a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto, para negar el reconocimiento.

En este contexto la Convención sobre los Derechos del Niño establece el “Interés Superior del Niño” es el principio sobre el que se articula el régimen de protección a favor de la infancia. En consecuencia, el fundamento de la doctrina del Interés Superiores del Niño es la protección especial, que debe prevalecer en los casos en los que se de el conflicto entre el derecho de identidad del niño y el derecho de paternidad.

## **II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO**

### **1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA**

*IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO EN LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD, AREQUIPA 2016.*

#### **1.2. ANÁLISIS DE VARIABLES**

**VARIABLE INDEPENDIENTE:**

Identidad del niño

**INDICADORES**

- ☐ Interés superior del niño
- ☐ Identidad dinámica
- ☐ Identidad estática

## VARIABLE DEPENDIENTE

Impugnación de la paternidad

## INDICADORES

☐ Plazo de impugnación de la paternidad

☐ Prueba de ADN

1.3. TIPO: De campo

1.4. NIVEL DE INVESTIGACIÓN: Descriptivo

1.5. INTERROGANTES BÁSICAS

- a) ¿Por qué debe prevalecer la identidad del niño sobre la impugnación de la paternidad?
- b) ¿Cuáles son los fundamentos de la identidad estática?
- c) ¿Cuáles son los fundamentos de la identidad dinámica?
- d) ¿Cuál es el objetivo del proceso de impugnación de la paternidad?
- e) ¿Cuál es la orientación de la jurisprudencia respecto a la identidad en los procesos de impugnación de paternidad?

1.6. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo tiene relevancia humana, debido a que involucra a un sector de la sociedad como son las familias ya que este trabajo tiene implicancias jurídicas esencialmente en la identidad del niño, así como en la impugnación de la paternidad.

Es original porque anteriormente no se ha realizado ningún trabajo de investigación referido a la identidad del niño vinculado a la impugnación de la paternidad.



Este trabajo es de actualidad porque permite apreciar una realidad jurídica presente en la práctica y es vital apreciar los aspectos referidos a la impugnación de la paternidad y también sobre la identidad del niño.

Desde la perspectiva jurídica, esta investigación es importante porque se busca esclarecerla temática de la impugnación de la paternidad, así como de la identidad del niño.

Esta investigación tiene relevancia teórica porque el permitirá reflexionar en torno de un tema importante, como las implicancias jurídicas en cuanto a la identidad del niño, así como la impugnación de la paternidad.

Cuenta con validez metodológica porque se recorre un camino con el propósito de ordenar la información y los datos sobre las implicancias jurídicas en cuanto a la impugnación de la paternidad y la identidad del niño.

## **2. MARCO CONCEPTUAL**

### **2.1. DERECHO A LA IDENTIDAD**

En la doctrina nacional Juan Espinoza Espinoza ha conceptualizado el derecho a la identidad personal como una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho; podemos distinguir dos partes de este derecho tutelado:

- a) identidad estática, en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros.
- b) identidad dinámica, en la que se encuentra la proyección social, vale decir, el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias, tanto sus ser como su quehacer.<sup>81</sup>

El derecho a la identidad personal comprende una faz estática y una faz dinámica. La faz estática comprende aspectos de la personalidad tales como el origen, el sexo, el estado civil, la filiación, la imagen, etc.: mientras que la faz dinámica engloba aquellos aspectos que definen la personalidad proyectada hacia el exterior, tales como el bagaje intelectual,

---

<sup>81</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Pág. 253.

político, social, cultural, profesional, etc.<sup>82</sup> Según la doctrina, ambos aspectos son inseparables, y no es posible la proyección histórico-existencial del hombre (aspecto dinámico), sin que encuentren debido resguardo los iniciales elementos de la primera identidad (aspecto estático).<sup>83</sup>

## 2.2. FILIACIÓN

La filiación debe ser entendida como: “La dependencia de unas personas respecto de otras por haber sido engendradas por ellas”.<sup>84</sup>

Héctor Cornejo Chávez expresa que la denominación adecuada de la filiación es relación paterno filial, así desde el punto de vista del hijo se califica de filiación y desde el punto de vista de los padres como paternidad o maternidad según sea el caso, denominación que también la ha recogido el Código Civil.

La filiación permite determinar la procedencia de los hijos respecto de los padres, desde un punto de vista genérico es entendida como la relación “que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes”<sup>85</sup> y desde un punto de vista restringido sólo “vincula a sus padres con sus hijos”<sup>86</sup>, es este último el que tomaremos en cuenta, bien lo señala Escriche, “los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas esto es, aquella la calidad de padre y ésta la calidad de hijo”.

La filiación es consubstancial e innata al ser humano en el sentido que el status filii es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no sólo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.

## 2.3. FILIACIÓN MATRIMONIAL:

Los hijos matrimoniales, conforme lo establece el artículo 361 del Código Civil, que prescribe la presunción de paternidad, señalando “El hijo nacido durante el matrimonio o

<sup>82</sup> LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo. El derecho de familia desde la Constitución Nacional. Pág. 143.

<sup>83</sup> LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo. El derecho de familia desde la Constitución Nacional. Pág. 141.

<sup>84</sup> ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Lecciones de Derecho Civil. Pág. 34.

<sup>85</sup> CORNEJO CHÁVEZ Héctor, Derecho Familiar Peruano. Pág. 357

<sup>86</sup> CORNEJO CHÁVEZ Héctor, op. cit. Pág. 357.

dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.” Con lo que, en el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, en el caso de divorcio, se tiene por padre al esposo, en este caso basta que la esposa se apersona a los registros civiles y con la sola declaración del nacimiento, en el acta de nacimiento, aun sin la firma del padre, para tenerse como padre al esposo.

#### 2.4. IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO.

El Dr. Héctor Cornejo Chávez, afirma que se puede invalidar el conocimiento involuntario por dos vías de revocación e impugnación o negación del reconocimiento:

“La impugnación puede basarse en razones que se refieren al fondo mismo del reconocimiento esto es a la falsedad de la relación paterno-filial (acto nulo o anulable) para cuyo efecto se exige que se produzca la prueba correspondiente.”<sup>87</sup>

La impugnación de paternidad es un proceso que consiste en la negación de paternidad de un hijo de quien no se crea padre. Años atrás era un proceso muy complejo pero actualmente es factible gracias al avance de la ciencia como las pruebas de ADN se puede determinar con facilidad probar que los hijos que presumíamos biológicos (de nosotros) resulten no serlo y poder impugnar (anular) el reconocimiento o en el caso de la falsa paternidad de su hijo biológico que lo ha firmado una tercera persona.

#### 2.5. PLAZO

Para iniciar el proceso, la Ley establece un plazo de 90 días para la impugnación. Si pasa este plazo pierde ese derecho, incluso por más que el ADN diga que no es su hijo. Sin embargo, existe un mecanismo legal el cual se puede aplicar siempre y cuando el supuesto hijo sea de corta edad, el padre puede negarlo no obstante haber pasado más de los 90 días.

---

<sup>87</sup> [www.monografias.com](http://www.monografias.com)



## 2.2.PRUEBA DE ADN

EL ADN contenido en todas las células de cada persona es transmitido de los padres a los hijos de generación en generación.

El ADN es una molécula que determina la naturaleza fundamental de toda la vida, se encuentra en cada una de las células del cuerpo y sus iniciales resumen su nombre químico: ácido desoxirribonucleico. En su estructura, así como en la del A.R.N. participan o están presentes las primidinas y las purinas. Además, como su nombre lo indica reside en el núcleo de la célula, aunque es posible extraer A.D.N. mitocondrial, y en general “...ejerce un control doble sobre la vida de un organismo. Dirige el metabolismo, las actividades incesantes que mantienen funcionando la maquinaria del cuerpo. Determina asimismo, la herencia, la transmisión de rasgos que hace perdurar la especie durante centenares, miles y a veces hasta millones de años.”<sup>88</sup>

Una sola cadena de nuestro ADN (localizado en nuestras células) contiene muchos genes. Todos estos genes son necesarios para construir cada uno de los órganos de nuestro cuerpo (corazón, hígado, estómago, pulmones, ojos, etc.) y hacerlos funcionar.

En ciertos puntos de nuestra secuencia de ADN, existen piezas de ADN que varían de persona a persona.

Aunque cuando todos somos similares, el ADN que heredamos de nuestros padres nunca se combina de la misma manera.

Estas variaciones individuales en la secuencia del ADN, son lo que nos hace, a nivel genético, diferentes el uno del otro.

En otras palabras, los genes son como manuales de instrucción para nuestro cuerpo. Son las indicaciones para construir todas las proteínas que hacen que nuestro cuerpo funcione

El ADN (ácido desoxirribonucleico) es el material genético en las células de su cuerpo. Cada célula nucleada tiene 46 cromosomas, con excepción de las células de espermatozoide del hombre y el óvulo de la mujer, que contiene solamente 23 cromosomas. En el momento

---

<sup>88</sup> FRANKEL, Edward.. D.N.A. El Proceso de la Vida. Pág. 7.

de la concepción, hay 46 cromosomas necesarios para crear una persona. Por eso, una persona recibe una mitad de su material ADN genético de su madre, y la otra mitad del padre biológico.

La prueba ADN es el método más preciso que existe debido a que el ADN de cada persona es único.

La prueba del ADN está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre, del niño(a) y del presunto padre. Si se conocen los perfiles genéticos de la madre y de su hijo(a), el perfil genético del padre puede ser deducido con certeza casi total.

La prueba ADN es la forma más precisa para determinar la paternidad. Si los modelos ADN entre el niño y el presunto padre no aparecen en dos o más sondas, entonces el presunto padre es excluido 100% lo que significa que él tiene una probabilidad de 0% de paternidad -- no puede ser el padre biológico del niño.

## 2.7. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño es el principio jurídico que permite la satisfacción de los derechos específicos del niño, otorgándole efectividad y exigibilidad.

El texto del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, “una consideración primordial a que se atenderá será el interés Superior del Niño”.

Además, los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

La Convención sobre los Derechos del Niño tiene como principio inspirador el “Interés Superior del Niño” y es el principio sobre el que se articula el régimen de protección a favor de la infancia. En consecuencia, el fundamento de la doctrina del Interés Superiores del Niño es la protección especial.

La Convención ha elevado el interés Superior del Niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas.

El contenido del principio del Interés Superior del Niño son los propios derechos e intereses. Una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños, no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del Interés Superior del Niño.

En el esquema paternalista / autoritario, el juez, el legislador o la autoridad administrativa realizaba el Interés Superior del Niño como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los niños y adolescentes.

Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el Interés, Superior del Niño deja de ser un objetivo social deseable- realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

El reconocimiento jurídico del Interés Superior del Niño permite que éste actúe como principio que facilite resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva.

### **3. OBJETIVOS**

- a. Determinar la importancia del derecho a la identidad del niño en los procesos de impugnación de paternidad
- b. Precisar los fundamentos de la identidad estática
- c. Precisar los fundamentos de la identidad dinámica
- d. Determinar los objetivos del proceso de impugnación de la paternidad
- e. Determinar la orientación de la jurisprudencia respecto a la identidad en los procesos de impugnación de paternidad



#### **4. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS**

Se realizó la búsqueda en la biblioteca de la Universidad Católica de Santa María encontrándose la tesis: Efectos jurídicos en la aplicación del proceso de filiación judicial establecido por la ley 28457 en los juzgados de paz letrados del distrito judicial de cusco de enero a agosto del 2005, cuya autora es Giovanna Escalante Mejía para optar el grado académico de Magíster en Derecho de Familia, quien arriba a las siguientes conclusiones:

Primera: El Perú no fue el primer país de América en regular el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial que admite como único medio probatorio el examen de ADN. A la fecha de vigencia de la Ley 28457, ya exista en países como estados Unidos de Norte América, Ecuador y Colombia.

Segunda: El efecto jurídico de la aplicación de una norma procesal debe ser el resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica haciendo efectivos los derechos sustanciales, y el lograr la paz social en justicia, para lo cual se deberá administrar Justicia en base a la verdad formal establecida en el proceso, misma que mediante la adecuada interpretación y aplicación de las normas procesales, deberá ser lo más cercana a la verdad material.

Tercera: Constituye un efecto colateral de la aplicación de una norma procesal la calificación que la sociedad realiza a los poderes Legislativos y Judicial como entes competentes o incompetentes en sus funciones, dependiendo de la efectividad de la norma en lograr fallos oportunos y justos.

#### **5. HIPÓTESIS**

Dado que en la actualidad existen implicancias jurídicas con respecto a la identidad del niño, así como en la impugnación de la paternidad y estas son opuestas entre sí. Es probable que el derecho a la identidad prevalezca frente a la impugnación de paternidad en nuestra legislación peruana.

#### **6. ESQUEMA DEL PROYECTO**

##### **CAPITULO I: MARCO TEÓRICO**

1.1 Definición de familia

1.2 Antecedentes históricos de la familia

1.3. Definición de filiación

1.4. Definición de derecho de identidad

1.5. Clases de derecho de identidad

1.6 Definición de impugnación de paternidad

1.7 Prueba de ADN

## CAPITULO II: LEGISLACIÓN SOBRE DERECHO A LA IDENTIDAD E IMPUGNACIÓN A LA PATERNIDAD

2.1 Convención de los derechos del niño

2.2. Constitución política

2.3. Código del niño y adolescente

2.4 Código civil y el derecho a la identidad

2.5 Código civil y la impugnación a la paternidad

2.6. Legislación comparada

2.6.1. Argentina

2.6.2. España

## Capitulo III: CASACIONES SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y RESULTADOS A LA ENCUESTA APLICADA A LOS ABOGADOS

3.1. Casación a favor de la identidad

3.2. Casación en contra de la identidad

### 3.3. Análisis e interpretación de la encuesta aplicada a los abogados

Conclusiones

Sugerencias

## III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

### 1. TÉCNICA E INSTRUMENTO

#### TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Variables	Técnicas	Instrumento
V.I. Derecho a la identidad del niño.	Encuesta	Cuestionario
V.D. Impugnación de la paternidad	Encuesta	Cuestionario

### 2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

#### 2.1.VERIFICACIÓN ESPACIAL

Esta investigación se efectuará en la ciudad de Arequipa.

#### 2.2.UBICACIÓN TEMPORAL

Este trabajo se realizará en el año 2016.

#### 2.3.UNIDADES DE ESTUDIO

Para la investigación documental las unidades de estudio estarán constituidas por las teorías, doctrina sobre la identidad del niño e impugnación de la paternidad entre otros conceptos en relación a las normas legales son las siguientes:

- Convención del Niño y del Adolescente
- Constitución Política del Perú



- Código Civil del Perú
- Código Procesal Civil
- Código del Niño y del Adolescente

Para la investigación de campo, las unidades de estudio estarán conformadas por 2252 abogados especializados en lo civil que existe en Arequipa y en vista que el universo es numeroso se tomará una muestra intencionada al azar.

$$\text{Muestra} = \frac{2252 \times 400}{2252 + 399} = \frac{900800}{2651} = 340$$

De esta muestra se tendrá en cuenta a 340 abogados a los cuales se le aplicará la muestra intencional al azar.

### 3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN

Para efectuar esta investigación los datos serán recogidos por la propia investigadora de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, Universidad Nacional de San Agustín, del Colegio de Abogados de Arequipa y otras bibliotecas especializadas, así como de lo que se obtenga de internet. La información de campo será recogida de la encuesta que se aplicará a los abogados de la ciudad de Arequipa.

### 4. CRONOGRAMA

Tiempo Actividades	Febrero				Marzo				Abril			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Revisión bibliográfica	X	X										
2. Elaboración de fichas de estudio		X										
3. Formulación del planteamiento teórico			X									
4. Formulación del planteamiento operacional			X	X	X							
5. Recolección de datos					X	X						
6. Estructuración de resultados							X	X				
7. Redacción informe final									X	X		

## 5. CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TÉCNICAS

VARIABLE	INDICADORES	TÉCNICA	INSTRUM.
V.I.  El derecho a la identidad del niño.	<ul style="list-style-type: none"> <li>Interés superior del niño</li> <li>Identidad dinámica</li> <li>Identidad estática</li> </ul>	Encuesta	Cuestionario
V.D.  Impugnación de la paternidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>Plazo de impugnación de la paternidad</li> <li>Prueba de ADN</li> </ul>	Encuesta	Cuestionario

## 6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Lecciones de Derecho Civil. Editorial Temis. Cuarta Edición. Bogotá. 2001.
2. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Derecho de familia. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2002.
3. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Editorial RAO. Quinta Edición. Lima. 1993.
4. BERNALES, Enrique y otros. La Constitución diez años después. Fundación Friedrich. Lima. 1989.
5. CHÁVEZ CHÁVEZ, Eliseo. Historia y sociología de la familia. Escuela de Postgrado. Universidad Católica de Santa María. Arequipa. 2005.
6. CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ. Editorial Inkary. Lima. 2015.
7. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Editorial Inkary. Lima. 2015.

8. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Editorial Inkari. Lima, 2015.
9. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo I. Editorial Cultural Cusco. Lima. 1985.
10. CORNEJO FAVA, Maria Teresa. Matrimonio y Familia. Su tratamiento en el Derecho. Ediciones Tercer Milenio S.A. Lima, 2000.
11. CORRAL, Hernán. Derecho de familia. Editorial Grijley. Lima. 2005.
12. DÍAZ VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. Editorial Edijsur. Arequipa. 1994.
13. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Gaceta Jurídica. Lima. 2004.
14. FRANKEL, Edward.. D.N.A. El Proceso de la Vida. Siglo XXI Ediciones, México, 1984. 13ª edición.
15. LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo. El derecho de familia desde la Constitución Nacional. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2009.
16. MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Editorial San Marcos. Lima. 2001.
17. MARTEL CHANG, Rolando.- Proceso de Filiación por paternidad extramatrimonial.- En Revista Actualidad Jurídica Nro. 138, mes de Mayo, editorial Gaceta Jurídica, 2005
18. MIRANDA CANALES, Manuel: Derecho de Familia y Derecho Genético Ediciones Jurídicas, Lima-Perú 1998.
19. MORAN DE VICENZI, Claudia. El concepto de filiación en la fecundación artificial. Universidad de Piura. Editorial Ara Editores, Colección jurídica. Piura 2005.



20. MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. Derecho y Genoma Humano. Editorial San Marcos. Lima 1997.
21. PERALTA ANDIA, Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil 2004. Editorial Jurídica. Lima. 2002.
22. PLACIDO V., Alex. Filiación y Patria Potestad. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2003.
23. PLACIDO, Alex. Derecho de familia. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2001.
24. VALVERDE, Emilio. Derecho familiar. Editorial Cultura. Cusco. 1971.
25. VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. Derecho de Familia. Editorial Huallaga. Lima. 1998.

7. **INFOGRAFÍA:**

- [www.geocities.com](http://www.geocities.com)
- [www.arrakis.es](http://www.arrakis.es)
- [www.paternidad.com](http://www.paternidad.com)

## ANEXOS

### ENCUESTA PARA ABOGADOS

Instrucciones: Le rogamos contestar las siguientes preguntas con sinceridad. Marque una (X). Muchas gracias.

1. ¿Según usted, en el Derecho a la Identidad del niño debe predominar la faz estática o dinámica?
  - a. Faz Estática  
( )
  - b. Faz dinámica  
( )
  - c. Ambas  
( )
2. ¿De acuerdo a usted considera que el Interés superior del niño tiene colisión con la impugnación de la paternidad?
  - a. Si  
( )
  - b. No  
( )

c. Depende del caso

( )

3. ¿De acuerdo a su criterio debe predominar el Interés superior del niño o la impugnación de la paternidad?

a. Interés superior del niño

( )

b. Ni Interés superior del niño, ni impugnación de reconocimiento de filiación extramatrimonial

( )

c. Impugnación de la paternidad

( )

4. ¿Según su criterio, cómo considera el plazo de impugnación de reconocimiento de filiación extramatrimonial establecido en el Código Civil?

a. Adecuado

( )

b. Debería aumentarse a un año el plazo

( )



c. Debería aumentarse a dos años el  
plazo

( )

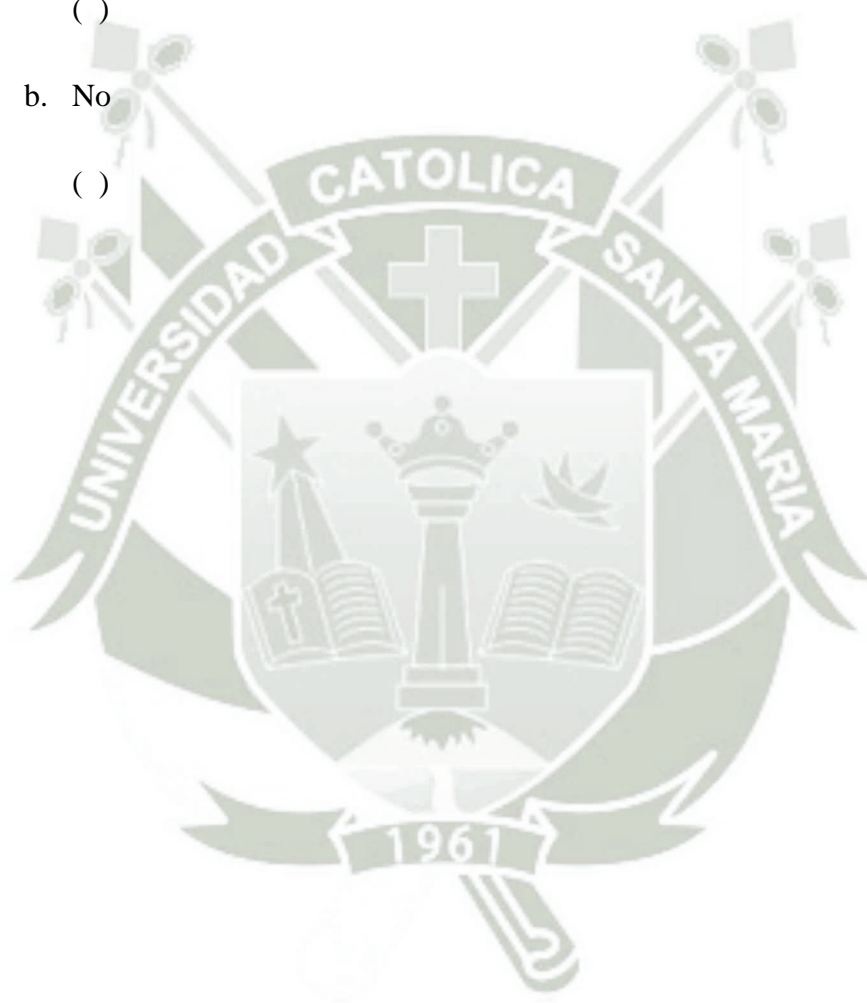
5. ¿Según usted, considera la prueba de ADN como requisito esencial en la  
identidad del niño?

a. Si

( )

b. No

( )



### CAS. N° 1303-2013 SAN MARTÍN

Impugnación de Paternidad. Derecho a la Identidad: En algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, más para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites que el juez debe analizar de forma rigurosa, a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional, por consiguiente, cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental. Artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado. Lima, siete de mayo de dos mil quince.- LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa mil trescientos tres - dos mil trece, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y, producida la votación conforme a Ley, emite la siguiente sentencia: I. MATERIA DEL RECURSO: Que, se trata del recurso de casación interpuesto por el demandando Richard Reyes Quintana, contra el auto de segunda instancia contenido en la resolución N° 12 su fecha once de octubre de dos mil doce de fojas ciento catorce que confirma el auto de primera instancia contenido en la resolución N° 05 de fecha siete de mayo de dos mil doce de fojas cuarenta y tres, que declaró infundada la Excepción de Caducidad deducida sobre impugnación de paternidad interpuesta por Sandra Guisilla Fasanando Gonzáles. II. ANTECEDENTES: DEMANDA Que, Sandra Guisella Fasanando Gonzáles, interpuso demanda de impugnación de paternidad contra Tercero Artemio Fasanando Ramírez al no ser su padre biológico y por inexistencia de vínculo filial y nexo biológico entre el demandado reconociente y la titular de la partida de nacimiento; asimismo que se reconozca como padre de la demandante a Richard Reyes Quintanilla. Para cuyo efecto alega los siguientes fundamentos fácticos: 1. Su padre reconociente en un acto altruista y de buena fe reconoció a la accionante, tal y conforme se advierte de su partida de nacimiento, ello a razón de que su padre biológico no la quiso reconocer. 2. Es recién en el mes de octubre de dos mil diez, que en un acto de honestidad y respeto, su madre le comentó que Tercero Artemio Fasanando Ramírez no era su padre, sino el señor Richard Reyes Quintana, situación que la motivó a tener que ubicarlo, y cuando lo hizo éste solo procedió a decirle “que era un caso cerrado y que lo había tratado con su madre en ese sentido y que no había nada que conversar”. 3. Su madre en aquel entonces y con la desesperación en la que se encontraba, no imaginó las graves y negativas consecuencias

que iba a acarrear el reconocimiento de su persona por el demandado, viéndose a la fecha afectada psicológicamente, al verse impedida que su padre biológico la reconozca, así como desarrollar el amor paterno filial de padre a hija, en el respeto mutuo que debe existir en todo tiempo.

**CUADERNO DE EXCEPCIONES:** Que, el codemandado Richard Reyes Quintana, formuló excepción de caducidad a fojas seis, alegando que en mérito a lo normado por el artículo 401 del Código Civil, el plazo de caducidad del referido derecho o pretensión debe computarse de la manera siguiente: • Este plazo es de un año, que se computará desde que adquiere su mayoría o cese de su incapacidad; Sandra Fasanando fue reconocida siendo menor de edad en enero de mil novecientos setenta y siete, cumpliendo dieciocho años el once de enero de mil novecientos ochenta y nueve (nació el once de enero de mil novecientos setenta y uno) según consta de su partida de nacimiento, la norma nos dice que el plazo para que ella pueda negar el reconocimiento se computa dentro del año siguiente a su mayoría de edad. Esto es que el plazo de un año se computará a partir del once de enero de mil novecientos noventa, caducando su derecho a negar o impugnar su reconocimiento el once de enero de mil novecientos noventa y uno. **ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN:** Que, la demandante Sandra Guisella Fasanando Gonzáles absolvió la excepción a fojas veintiocho del cuaderno de excepciones, aduciendo que: • Si bien es cierto el artículo 401 del Código Procesal Civil manifiesta textualmente que el hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad, lo cierto también es que en su demanda señaló que se enteró de estos acontecimientos recién en octubre de dos mil diez, en un acto de honestidad y respecto, ante la confesión de su madre. • Por tanto si contáramos a partir de esta fecha, no ha pasado el año. • Se debe aplicar por extensión el artículo 410 del Código Civil que a la letra dice, no caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial, es decir, es un derecho que no caduca, más aún si se puede apreciar con esta defensa técnica que se pretende obviar a que se someta a la prueba de ADN. **AUTO DE PRIMERA INSTANCIA** Que, el auto de primera instancia, del siete de mayo de dos mil doce de fojas cuarenta y tres, declaró inaplicable la norma contenida en el artículo 401 del Código Civil, en consecuencia, infundada la excepción de caducidad propuesta por el codemandado. **RECURSO DE APELACIÓN:** Que, el codemandado Richard Reyes Quintana, interpuso recurso de apelación – véase a fojas cincuenta y ocho del cuaderno de excepciones -, mediante el



cual alega que: 1. La apelada le causa agravio, pues la Constitución cuando se refiere a la familia es bien claro y dice en su artículo 4 “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. 2. Al declarar infundada la excepción de caducidad, se está abriendo puertas creando una importación de la familia, crea crisis familiares, sin considerar que la familia es un instituto natural y fundamental de la sociedad. 3. La apelada no considera que la demandante ha tenido durante aproximadamente cuarenta años una familia bien constituida, tiene un padre que la ha reconocido por propia voluntad. 4. Al declarar infundada la excepción de caducidad se está permitiendo desintegrar a la familia y que solo ocasionará un caos social – familiar en nuestro estado de derecho.

**AUTO DE VISTA** Que, el auto de segunda instancia número 12 del once de octubre de dos mil doce obrante a fojas ciento catorce, confirmó el auto apelado que declaró inaplicable la norma contenida en el artículo 401 del Código Civil, e infundada la excepción de caducidad propuesta por el codemandado Richard Reyes Quintana.

**III. RECURSO DE CASACIÓN:** Que, el recurso de casación se declaró procedente, mediante resolución del once de agosto de dos mil catorce, por la causal denunciada de infracción normativa del artículo 401 Código Civil.

**IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:** Primero.- Previamente hay que señalar, que con fecha cinco de junio de dos mil trece, obrante a fojas treinta del cuadernillo de casación, esta Sala Suprema, remitió la presente causa a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a fin de resolver el conflicto de intereses de connotación constitucional conforme al inciso 8) del Artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Segundo. - Por auto de fecha siete de abril de dos mil catorce obrante a fojas ochenta del cuadernillo de casación, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, devolvió los autos a esta Sala Suprema, para los fines siguientes.

Tercero. - Por auto de fecha once de agosto de dos mil catorce de fojas ochenta y siete del cuadernillo de casación, se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por Richard Reyes Quintana por la causal de infracción normativa del artículo 401 del Código Civil.

Cuarto. - De conformidad con el artículo 408 del Código Procesal Civil, la consulta solo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas (...). Su parte in fine señala que “También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia

no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En tal sentido, habiendo la presente causa – auto que no pone fin al proceso y no recurrible – llegado a esta Suprema Sala Civil con recurso de casación, fue remitida con tales fines [consulta] a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, la misma que nos devolvió conforme se tiene de fojas ochenta del cuadernillo de casación, habilitándonos de esta manera, para pronunciarnos sobre el tema de fondo, dado que no procederá la respectiva consulta. Quinto. - Que, atendiendo a ello debe tenerse presente el marco fáctico establecido en los autos de mérito. Así se tiene: 1. Doña Sandra Guisella Fasanando Gonzáles impugna la paternidad de su padre Tercero Artemio Fasanando Ramírez por no ser su padre biológico. 2. Solicita que su padre biológico Richard Reyes Quintaba, la reconozca como tal. 3. La accionante al momento de la presentación de la demanda tenía cuarenta años de edad, conforme aparece de su partida de nacimiento de fojas tres del expediente principal. 4. Conforme al texto de su demanda, la accionante señala que tomó conocimiento de los hechos a fines del mes de octubre de dos mil diez, fecha en la que su madre le confesó que el señor Tercero Artemio Fasanando Ramírez no era su padre. 5. Don Richard Reyes Quintaba interpone la excepción de caducidad conforme al artículo 401 del Código Civil, señalando que la presente causa ha caducado. Sexto. - Que, el artículo 401 del Código Civil señala “El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad”. Sétimo. - Que, sin duda, la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial, sin embargo, dicha filiación otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se irá realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva. El derecho a la identidad, en efecto, conforme lo ha indicado Carlos Fernández Sessarego constituye: “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad” presentándose bajo dos aspectos “uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se exploya en el mundo de la intersubjetividad”<sup>89</sup>. Octavo. - Que, siendo ello

---

<sup>89</sup>SESSAREGO Carlos, *Derecho a la Identidad Personal*. Editorial Astrea, Buenos Aires 1992, pp. 113 y 114. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional número 2273-2005-PHC7TC señala: Fundamento 22: “La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la



así a criterio de este Tribunal Supremo cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo. Noveno.- Que, es en ese contexto, que el pedido del recurrente no puede admitirse teniendo en cuenta que desde la fecha que la demandante tuvo conocimiento (octubre de dos mil diez) a la fecha de interposición de la demanda (enero de dos mil once) no ha pasado el año que la normatividad exige para impugnar la paternidad, más aun si tenemos en cuenta que la normatividad de la Carta Magna, en su artículo 2 inciso 1), que consagra el derecho de toda persona a su identidad, así como el de los padres a que se le reconozca y ejerzan su paternidad, concordante con el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevé que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres, o el de uno de ellos. Décimo. - Para casos como éstos resulta de aplicación el artículo 399 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de una persona) como al particular (que ha labrado su identidad dinámica) de conocer con certeza a su padre. Décimo Primero. - Que, es de precisarse que, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales, límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional. Décimo Segundo. - Que, este Tribunal Supremo es claro al señalar que la identidad es un derecho, pero es también un deber, por lo que los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido. Décimo Tercero.- Que, en ese sentido el Tribunal Constitucional, en el expediente número 4444-2005-PHC/TC ha señalado que el “(...) Derecho a la identidad comprende el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica (...)”, así como en la sentencia dictada en el expediente número 2273-2005-PHC/TC indica que: “(...) entre los atributos esenciales de la persona, ocupa

---

*persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso alguno de los referentes ordinariamente objetivos no solo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos”.*



un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etcétera) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etcétera) (...). Precepto que, por cierto, se encuentra recogido por el artículo 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño y por el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, reconociendo como uno de los Derechos Civiles de los niños, el derecho a su identidad; pues expresamente señala: “El niño y el adolescente tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos (...)”. Décimo Cuarto. - Que, por consiguiente, no existe infracción alguna al artículo 401 del Código Civil, por lo que la casación debe ser declarada infundada. V. DECISIÓN: Por estos fundamentos y de conformidad al artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandado Richard Reyes Quintana, en consecuencia NO CASARON el auto de segunda instancia contenida en la resolución N° 12 su fecha once de octubre del dos mil doce; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en los seguidos por Sandra Guisella Fasanando Gonzáles contra Richard Reyes Quintana, sobre impugnación de paternidad; y los devolvieron. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Cunya Celi.- SS. ALMENARA BRYSON, WALDE JAÚREGUI, DEL CARPIO RODRÍGUEZ, CUNYA CELI, CALDERÓN PUERTAS

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL TRANSITORIA**  
**CASACIÓN 2726-2012 DEL SANTA**  
**IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE**  
**PATERNIDAD**

**Sumilla:** El estado constante de familia afirma la filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicables los artículos 396 y 404 del Código Civil, a fin de garantizar el derecho a la identidad, lo que se justifica por el principio del interés superior del niño y del adolescente.

Lima, diecisiete de julio de dos mil trece. -

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** Vista la causa número dos mil setecientos veintiséis – dos mil doce, en audiencia pública de la fecha, producida la votación con arreglo a ley, y de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Civil, emite la siguiente sentencia.

**MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, que obra a folios doscientos treinta y ocho contra la sentencia de vista que obra a fojas doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, que revoca la sentencia de primera instancia de folios ciento dos, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declaró fundada la demanda, y reformándola la declararon improcedente.

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El presente recurso de casación, mediante resolución emitida el dos de agosto de dos mil doce por esta Sala Suprema, obrante a folios treinta y tres del cuadernillo de casación, ha sido declarado procedente por la causal de **Infracción normativa de derecho material del artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado;** alegando, que se ha vulnerado el dispositivo denunciado que consagra el derecho que tiene toda persona a su identidad; y en el caso de autos, la recurrida ha establecido que quien debe hacer valer su derecho de impugnación a la paternidad es la menor de iniciales M.L.G.C. a través de su representante legal, y no el actor; sin embargo la citada sentencia se olvida que obra como medio probatorio acompañado, el Expediente número 202-2007 sobre demanda de

Impugnación de Paternidad Extramatrimonial promovido por Eva Elvira Cárdenas Rosales en calidad de madre y representante legal de la menor antes aludida en contra de Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y otro; el mismo que fue rechazado liminarmente por el Juzgado Mixto de Huarney al declarar improcedente la demanda. Del mismo modo se ha inobservado los parámetros establecidos en la sentencia casatoria de este mismo expediente, de fecha siete de octubre del año dos mil once, señalando que en el presente caso se encuentran inmersos los derechos de una menor, no sólo de identidad, sino de varios derechos conexos que merecen un mayor análisis en observancia del principio superior del niño. Finalmente refiere, que es a través de esta acción judicial que busca otorgar la verdadera identidad a la menor, quien conoce perfectamente de la realidad y considera al recurrente como su padre, ya que viven juntos con toda su familia.

**CONSIDERANDO: PRIMERO.** - Que, examinado el presente proceso para efectos de determinar si al emitirse la incurrida se ha incurrido en una infracción normativa material en los términos denunciados, es necesario realizar las precisiones que a continuación se detallan.

**SEGUNDO.-** Que, a fojas nueve Nolberto Hugo Roca Maza interpone demanda sobre impugnación de reconocimiento de paternidad contra Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y Eva Elvira Cárdenas Rosales, solicitando como pretensión principal impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C.; como pretensiones accesorias peticiona, primero: se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C; y segundo: se declare la paternidad de la menor indicada a favor del recurrente en calidad de padre biológico, ordenándose su inscripción en la correspondiente Partida de Nacimiento, alegando que producto de una relación extramatrimonial existente entre el recurrente y la codemandada Eva Elvira Cárdenas Rosales, procrearon a la menor de iniciales M.L.G.C., quien nació el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, siendo reconocida por el codemandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, cónyuge en ese entonces de la codemandada. Practicada la prueba de ADN se concluye en un 99.9999999845% que el recurrente es el padre biológico, siendo necesario que la menor de iniciales M.L.G.C. goce del derecho de su verdadera filiación e identidad, derechos consagrados en el artículo 2, inciso 1 de la



Constitución Política del Estado, ya que lo contrario importaría una grave afectación de los derechos sustanciales de la menor.

**TERCERO.-** Que, a fojas treinta y cuatro Teodoro Arturo Guerrero Alvarado contesta la demanda señalando que con fecha veintidós de enero de mil novecientos noventa y cuatro contrajo matrimonio civil con la demandada Eva Elvira Cárdenas Rosales; fruto de su unión conyugal nació su menor hija de iniciales M.L.G.C., el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, y dentro del plazo legal se hizo el reconocimiento, refiere que no es cierto lo que infiere el demandante respecto a que su persona tenía pleno conocimiento que la menor no era su hija a la fecha del reconocimiento, que la prueba de ADN fue practicada sin su consentimiento y solicitada por la madre de su hija, es decir, no fue ordenado por ningún órgano jurisdiccional. Sostiene que su hija nació durante el matrimonio y vivieron en el domicilio conyugal junto a la demandada y su menor hija hasta el dos mil tres, fecha en que por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habita con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, concluyendo que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca a negado ser padre de la menor.

**CUARTO.-** Que, tramitada la demanda según su naturaleza, mediante sentencia de folios ciento dos, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, el A quo ha declarado fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad, en consecuencia se declara inaplicable para el proceso lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, por lo dispuesto en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado; por consiguiente, se deja sin efecto el reconocimiento realizado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C., y declara la paternidad de Nolberto Hugo Roca Maza a favor de la menor indicada, ordenando a la Municipalidad Provincial de Huarney extender nueva partida de nacimiento en sustitución de la anterior. Como fundamentos de su decisión el A quo ha considerado que, como es verse a fojas treinta y dos del expediente principal, los demandados contrajeron matrimonio el día veintidós de enero de mil novecientos noventa y cuatro, inscribiéndose la disolución de su vínculo matrimonial el día veintisiete de julio de dos mil cinco; y, la menor de iniciales M.L.G.C

nació el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, como consta en la partida de nacimiento a folios dos; es decir, nació dentro del matrimonio de los demandados. Que, la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio es una regla de carácter imperativo, aplicándose a la generalidad de los casos, más su fuerza no es absoluta, admitiéndose prueba en contrario. Señala que el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en el caso de hijos nacidos dentro del matrimonio, limita el derecho no solo del padre biológico sino contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor a quien por ley y mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger. En base al principio de la jerarquía normativa resulta inaplicable al caso de autos, sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 369 y 404 del Código Civil, prevaleciendo el derecho a la investigación de la paternidad de la menor de iniciales M.L.G.C.; en el presente caso, el demandante Nolberto Hugo Roca Maza impugna el reconocimiento realizado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado de la menor de iniciales M.L.G.C, en mérito a los resultados de la prueba de ADN (obstante a fojas cuatro) en el que se consigna como probabilidad de paternidad el 99.9999999845% de él con respecto a la menor indicada; siendo así resulta fundada la demanda.

**QUINTO.-** Que, elevados los actuados a la Instancia Superior, en mérito al recurso de apelación de folios ciento dieciocho interpuesto por el demandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de folios ciento treinta y nueve, revoca la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que ha quedado acreditado que la menor de iniciales M.L.G.C es hija nacida dentro del matrimonio de los codemandados, fundamento por el que no es factible la aplicación del artículo 386 del Código Civil, máxime si como se evidencia, el que fuera cónyuge de la madre (Teodoro Arturo Guerrero Alvarado) no ha impugnado su paternidad y por el contrario ha manifestado su voluntad de no hacerlo, por lo que no concurren los presupuestos estipulados en el artículo 376 del Código Civil, respecto a la titularidad de la acción de negación.

**SEXTO.-** Que, interpuesto el recurso de casación por el demandante, contra la referida Sentencia de Vista, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación 3776-2010- Del Santa, de fecha siete de octubre de dos



mil once, declara fundado el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza; casaron la sentencia de vista, en consecuencia, nula la resolución impugnada de fecha veintiuno de junio de dos mil diez, ordenándose que el Colegiado Superior expida nueva resolución. Considerando que el Colegiado Superior únicamente justifica la decisión de revocar la sentencia de primera instancia aplicando normas del Código Civil, más no emite pronunciamiento en relación al control difuso que invoca el *A quo* al amparar al demanda, lo que resulta relevante, puesto que el demandante fundamenta su pretensión en lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado y mayor aun si de por medio se encuentran inmersos los derechos de una menor, no solo de identidad, sino de varios derechos conexos que merecían un mayor análisis, en observancia del Principio del Interés Superior del Niño que recoge el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

**SÉTIMO.-** Que, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emite nuevo pronunciamiento mediante Sentencia de Vista de folios doscientos once, resolviendo revocar la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es su hija M.L.G.C., quien por medio de su representante legal podría invocar su legítimo derecho a la identidad, basada en el nuevo sistema constitucional de filiación, y obviamente en el interés superior del niño y adolescente, sino Norberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sustentando básicamente su demanda en los resultados de la prueba de ADN a la que se ha sometido voluntariamente; asimismo, considera el Colegiado Superior que respecto a esta persona los artículos 397 y 404 del Código Civil no afectan, ni limitan, ni vulneran ningún derecho constitucional; en otras palabras se trata de normas válidas que no le reconocen interés para obrar al Demandante para entablar una acción contestatoria de paternidad, por lo tanto la demanda deviene en improcedente.

**OCTAVO. -** Que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, el cual comprende el derecho a un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia Número 02432-2005-PH/TC. Al respecto la Sentencia



Número 02273-2005-PH/TC, precisa que el derecho a la identidad es entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

**NOVENO.** - Que, el derecho a la identidad, debe protegerse de modo preferente, atendiendo a que *“la vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar como esenciales entre los esenciales, por ello, merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica”* [Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 22].

**DÉCIMO.** - Que, tal como se ha reseñado anteriormente, en el caso de autos, se ha incoado demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad; en tal sentido, cabe precisar, que la filiación forma parte del derecho a la identidad, que es “una forma de estado de familia”. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado: *estado jurídico*, asignado por la Ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; *estado social*, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas; *estado civil*, implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad” [Varsi Rospigliosi, Enrique. Divorcio, filiación y patria potestad. Grijley, Lima, 2004, página 89].

**DÉCIMO PRIMERO.** - Que, el concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia, en relación a quiénes aparecen jurídicamente como sus padres, está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo. [Ferrer, Identidad y fecundación asistida, en Libro de Ponencias, página 189, citado por Zannoni Eduardo A. Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, página 326].

**DÉCIMO SEGUNDO.** - Que, en el caso de autos, en mérito a los resultados de la prueba de ADN practicada por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, de folios

cuatro, que no fue tachado por los demandados, se precisa la probabilidad de paternidad del 99,9999999845% de Nolberto Hugo Roca Maza con respecto a la menor de iniciales M.L.G.C.

**DÉCIMO TERCERO.-** Que, al resolver la apelación interpuesta en autos, el Ad quem sustenta su decisión en que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es la hija de iniciales M.L.G.C., quien por medio de su representante podría invocar su legítimo derecho a la identidad; sino Nolberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que se desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños” (el subrayado es nuestro). Además, para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es preciso “ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño” [CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrafo 59].

**DÉCIMO CUARTO.-** Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que



vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente **declarar inaplicable**, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal.

Por los fundamentos expuestos, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, de fojas doscientos treinta y ocho; **CASARON** la resolución impugnada; en consecuencia **NULA** la resolución de vista obrante a folios doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa; **y actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la resolución apelada contenida en la resolución número once de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por Norberto Hugo Roca Meza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y Teodoro Arturo Guerrero Alvarado; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Nolberto Hugo Roca Maza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y otro, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad; y los devolvieron.

Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema. -

**S.S.**

**RODRÍGUEZ MENDOZA**

**VALCÁRCEL SALDAÑA**

**CABELLO MATAMALA**

**MIRANDA MOLINA**

**CUNYA CELI**



## **CASACIÓN 864-2014-ICA**

### **IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL**

**SUMILLA:** La concepción del derecho a la identidad previamente glosada debe concordarse con la regulación dispensada por la norma del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, según la cual el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres.

Una correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 395 del Código Civil, exige concordancia con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes de acuerdo a la concepción previamente expuesta.

Lima, uno de setiembre de dos mil catorce

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, vista la causa número ochocientos sesenta y cuatro –dos mil catorce; con lo expuesto en el Dictamen de la Señora Fiscal Suprema en lo Civil; y producida la votación correspondiente, emite la presente sentencia:

**MATERIA DEL RECURSO.** Se trata del recurso de casación interpuesto por Ytalo David Verástegui Valenzuela, de fojas ciento veintiocho a ciento treinta, contra la sentencia de vista de fojas ciento veintiuno a ciento veintiséis, de fecha veinte de diciembre de dos mil trece, expedida por la Sala Superior Mixta Descentralizada de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, que revoca la sentencia apelada de fojas ciento uno a ciento seis, de fecha once de octubre de dos mil trece, que declara fundada la demanda; y reformándola, la declara infundada, en los seguidos por Ytalo David Verástegui Valenzuela contra Olga Yanet López Estela, sobre impugnación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial.

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO.** Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas veinticinco a veintiséis del presente cuadernillo, de fecha veintiocho de abril de dos mil

catorce, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de derecho material. El recurrente ha denunciado **la infracción normativa material del artículo 395 del Código Civil**, sosteniendo que la Sala Superior no ha evaluado debidamente dicho numeral, conforme lo ha precisado la propia Corte Suprema en la Casación número 2092-2003, en cuanto establece que si bien el reconociente no puede dejar unilateralmente sin efecto el reconocimiento practicado, por mandato del artículo 395 del Código Civil, ello no impide que pueda ejercer las acciones pertinentes para demandar, en sede judicial y con pruebas idóneas, su nulidad o anulabilidad.

### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** - Que, previamente a la absolución del recurso de casación sub examine, es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, se advierte que de fojas doce a veintidós, Ytalo David Verástegui Valenzuela interpone demanda de nulidad de acto jurídico contra Olga Yanet López Estela, solicitando que se declare la nulidad de la partida de nacimiento del menor de iniciales O.D.V.L ante la Municipalidad Provincial de Pisco, por encontrarse viciado el acto de reconocimiento, debido al dolo proveniente del engaño de la madre del menor, al obligarle a celebrar el reconocimiento de paternidad indebida y nula. Como fundamentos de su demanda sostiene que hace aproximadamente cinco (05) años conoció a la demandada Olga Yanet López Estela, con quien mantuvo relaciones esporádicas fuera de su matrimonio, hecho que desembocó en una vinculación irregular con la emplazada. Que, pasados los años, después de esta relación fuera de matrimonio, la demandada sorpresivamente y con demostrada y probada mala fe, con engaño, maltrato y amenazas, le hizo creer que era el padre de su menor hijo; para tal efecto, inventó un sinnúmero de razones para comprometerlo, como si fuera el verdadero padre biológico de su hijo. Que, durante el proceso de embarazo y después del nacimiento de su hijo, le exigió con prepotencia y amenaza su derecho de madre y del bebe, exigiéndole todos los requerimientos y facilidades como si fuera el verdadero padre biológico. Que, una de las formas de la demandada para exigirle los pagos y las necesidades de su menor hijo fue demandarlo por alimentos y violencia familiar. Que, desde el primer momento del nacimiento de su hijo, siempre le solicitó a la demandada el examen de ADN ácido desoxirribonucleico), por cuanto tenía serias dudas sobre la paternidad del menor, fue así como en los últimos

meses del año dos mil once, tomó la decisión de visitar un laboratorio reconocido y de experiencia para despejar esta duda, que al tomar las muestras del menor han determinado al cien por ciento (100%) que no es el padre biológico del menor.

**SEGUNDO.** - Que, tramitada la demanda según su naturaleza, el juez de la causa, mediante sentencia de fojas ciento uno a ciento seis, de fecha once de octubre de dos mil trece, declara fundada la demanda. Como fundamentos de su decisión sostiene que, conforme se tiene de la demanda de autos, se advierte que el actor pretende que mediante sentencia se declare nula la Partida de Nacimiento del menor con iniciales O.D.V.L., ante la Municipalidad Provincial de Pisco, por encontrarse viciado el acto de reconocimiento, debido al dolo proveniente del engaño de la madre del menor, obligándole a celebrar el reconocimiento de paternidad indebida y nula. Que, conforme se tiene de lo actuado durante la tramitación del proceso, se tiene la prueba biológica del ADN (ácido desoxirribonucleico) la cual se ha practicado al demandante, la demandada y al menor O.D.V.L., del cual se impugna la paternidad reconocida, siendo que del Informe Pericial de fojas ochenta y seis, se concluye que el análisis demuestra con certeza científica que el demandante Ytalo David Verástegui Valenzuela no es el padre biológico del menor O.D.V.L.; que, de lo determinado precedentemente se advierte que a través de la prueba científica del ADN (ácido desoxirribonucleico) se ha acreditado irrefutablemente que no existe vínculo parental entre el demandante y el menor O.D.V.L., por lo que advirtiéndose que se encuentra válidamente acreditado que no existe vínculo parental que una al actor con el menor O.D.V.L., consecuentemente, la demanda de autos debe ser amparada, ello en atención al interés superior del niño, así como en resguardo a su derecho a la identidad. Que, conforme lo prevé el inciso 2) del artículo 408 del Código Procesal Civil, la consulta solo procede contra la decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal, que es el caso de autos, conforme se verifica del proceso y así se ha precisado en la presente resolución, por lo que, en cumplimiento de dicha norma, de no interponerse contra el presente recurso de apelación, debe elevarse al superior en grado de consulta, de oficio.

**TERCERO.** - Que la apelada la mencionada sentencia, la Sala Revisora, mediante sentencia de vista de fojas ciento veintiuno a ciento veintiséis, la revoca y, reformándola, declara infundada la demanda. Como sustento de su decisión manifiesta que en el caso



de autos el artículo 395 del Código Civil establece que: “El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable”. Dicho numeral contiene una prohibición taxativa y terminante, pues constituye una norma de carácter imperativo, que no admite pacto en contrario; en tal sentido, teniendo en cuenta que mediante acta de nacimiento de fojas cuatro, se aprecia el reconocimiento del menor de iniciales O.D.V.L., lo ha practicado el propio demandante, como también lo expone en su escrito de demanda de fojas doce y siguientes, lo que no ha sido considerado por el juez de primera instancia. Que, por otro lado, respecto a la supuesta actitud de la emplazada quien como alega el demandante: “sorpresivamente y con demostrada y probada mala fe, con engaño, maltrato y amenazas, me hizo creer que era el padre de su menor hijo”, cabe señalar que de los actuados, no se prueba de manera fehaciente el dolo alegado, pues la resolución del proceso de violencia familiar de fojas nueve, no evidencia ningún dolo o engaño reconocido por la demanda, ni mucho menos prueba que haya actuado de mala fe. Asimismo, con relación al maltrato y amenazas, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 216 del Código Civil, respecto a la calificación de la violencia, pues en el presente caso, atendiendo a la edad condición y sexo del demandante, es improbable que haya mediado intimidación al extremo que obligue al demandante a firmar el reconocimiento del menor, por lo que la sentencia carece de motivación al respecto. Que, si bien la prueba del ADN (ácido desoxirribonucleico) ha concluido que el demandante no es el padre biológico del menor, debe tenerse en cuenta que este hecho no es suficiente para solicitar la anulación del acto de reconocimiento, por no existir vínculo consanguíneo, debiendo además concurrir el supuesto de una voluntad viciada, hecho que no se prueba en el presente caso, pues la voluntad del sujeto constituye la esencia misma del acto jurídico, pues la falta de ella hace que el acto no llegue a ser tal; la voluntad sola no es suficiente, pues su manifestación necesita que entre ambas exista una imprescindible correlación, toda vez que la manifestación debe dar contenido a la verdadera y real voluntad interna del sujeto, y que entre lo que el sujeto manifiesta y lo que quiere exista también una necesaria e imprescindible correlación. Que, en tal sentido, no se determina en base a los actuados la presencia de dolo y violencia que alega el demandante haber sufrido, ni mucho menos que se haya incurrido en error, sino más bien ha quedado claro, dado los años transcurridos, que el demandante, tuvo una voluntad generadora del acto jurídico; es decir, tuvo en el momento del reconocimiento una voluntad sana y manifestada que

genera, modifica, transforma y extingue derechos y que es el resultado de la conjugación de los elementos que dan lugar a la formación de la voluntad interna, como son el discernimiento, la intención y la libertad y de su elemento externo, que viene a ser la manifestación en cualquiera de sus modalidades. Sin poder acreditar el rompimiento de los elementos antes citados, ni la presencia de factores perturbadores que pudieron haber hecho surgir una voluntad viciada. Se debe agregar que lo alegado por el demandante no se encuentra inmerso en ninguna causal de nulidad (artículo 219 del Código Civil) ni en causales de anulabilidad (artículo 221 del Código Civil). Que, por último, el reconocimiento es irrevocable, por lo tanto, una vez que se lleva a cabo no se puede impugnar (excepto en casos muy calificados cuando se prueba el error, dolo o violencia). El fundamento de la irrevocabilidad del reconocimiento, destaca no solo por su naturaleza declarativa, sino también por razones de seguridad jurídica necesarias para la estabilidad referida a la filiación de las personas, que no puede ser variado caprichosamente, más aun teniendo en cuenta el principio de interés superior del niño, por lo que el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños. Que, en tal sentido, la ratio de la prohibición de la revocabilidad obedece a que dado que mediante el acto de reconocimiento se materializa el derecho de identidad (consagrado en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú y que, según el Tribunal Constitucional, “comprende a derecho a un nombre – conocer a sus padres y conservar sus apellidos”) de la persona reconocida, no se quiere que dicho derecho fundamental y otros derechos familiares de igual trascendencia que el acto de reconocimiento acarrea, quede al arbitrio del sujeto que realiza el reconocimiento, mucho menos amparar la demanda, cuando se evidencia que el reconocimiento vino de la existencia de un acto jurídico válido.

**CUARTO.** - Que, en atención a lo alegado en el recurso de casación sub examine cabe manifestar lo siguiente: el artículo 395 del Código Civil, que califica el reconocimiento de paternidad (o maternidad) como un acto irrevocable, así como exento de modalidades, debe interpretarse de manera sistemática con la integridad de nuestro ordenamiento normativo jurídico. En tal sentido, es particularmente destacable el contenido del derecho a la identidad, consagrado en la norma del artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como en la del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes. Al respecto Carlos Fernández Sessarego sostiene que el derecho a la identidad comprende el derecho al nombre; señala que el derecho a la identidad “supone el reconocer a cada persona, en



cuanto ser único y no intercambiable, su propia identidad psicosomática. A partir de este reconocimiento la persona tiene la facultad y el deber de asumir la paternidad de sus propias acciones de conducta, así como impedir se le atribuyan comportamientos ajenos. El que la persona sea idéntica a sí misma implica reconocer la vertiente personal del ser humano que se complementa con aquélla de carácter social. El hecho de que todos los hombres sean iguales no significa que la persona pierda su propia identidad, diluyéndose en la pura individualidad o disgregándose en la colectividad. El ser humano es estructural y simultáneamente, personal y comunitario” (Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código civil peruano. Tercera edición. Librería Studium. Lima. 1988. Pág. 77).

**QUINTO.** -Que, la concepción del derecho a la identidad previamente glosada debe concordarse con la regulación dispensada por la norma del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, según la cual el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres.

**SEXTO.** - Que, en tal orden de ideas, una correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 395 del Código Civil, implica concordancia con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, de acuerdo a la concepción previamente propuesta.

**SÉTIMO.**- Que por consiguiente, se advierte que el Ad quem ha incurrido en la denuncia postulada en el recurso de casación materia de absolución; es decir, ha infringido el artículo 395 del Código Civil, en el entendido que no efectuó interpretación sistemática, acarreando ello la nulidad de la sentencia de vista recurrida, lo cual comportaría que esta Sala de Casación emita un fallo en sede de instancia, tal como está previsto en el artículo 396 primer párrafo del Código Procesal Civil; no obstante, es necesario que el Ad quem haga una nueva evaluación de los hechos y pruebas del proceso a la luz de la correcta interpretación antes consignada, siendo por ello justificable el reenvío excepcional, en tanto esta Sala Suprema no puede realizar tal revaloración por no corresponder a los fines de la casación determinados en el artículo 384 del Código Procesal Civil.



**OCTAVO.** - Que, finalmente, cabe agregar que en la nueva sentencia a emitirse el Ad quem deberá evaluar si es factible la revocatoria de una resolución elevada en consulta, estando a la naturaleza jurídica de la consulta.

Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo establecido por el artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Ytalo David Verástegui Valenzuela, de fojas ciento veintiocho a ciento treinta; por consiguiente, **CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento veintiuno a ciento veintiséis, de fecha veinte de diciembre de dos mil trece, expedida por la Sala Superior Mixta Descentralizada de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, que revoca la sentencia apelada de fojas ciento uno a ciento seis, de fecha once de octubre de dos mil trece, que declara fundada la demanda; y reformándola, la declara infundada; **ORDENARON** a la Sala de su procedencia que emita nueva resolución con arreglo a ley y a las consideraciones precedentes; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Ytalo David Verástegui Valenzuela contra Olga Yanet López Estela, sobre impugnación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.

**S.S.**

**VALCÁRCEL SALDAÑA**

**CABELLO MATAMALA**

**MIRANDA MOLINA**

**CUNYA CELI**

## LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN MINORÍA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO CALDERÓN PUERTAS ES COMO SIGUE:

**PRIMERO.** - Que, a efectos de resolver la presente causa, debe tenerse presente el marco fáctico establecido en los autos de mérito. Así se tiene:

- a. El demandante cuestiona haber reconocido al menor de iniciales O.D.V.L. e indica que fue inducido a engaño por la demandada para practicar dicho reconocimiento.
- b. Ha quedado acreditado con la prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico) que no es padre biológico del menor.
- c. La sentencia de primera instancia declaró fundada la demanda.
- d. La sentencia impugnada revoca la misma señalando que existen dos requisitos copulativos para solicitar la anulación del acto de reconocimiento: i) que el sujeto que reconoce demuestre mediante prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico) que no tiene vínculo consanguíneo; y, ii) que el sujeto haya reconocido con la creencia de que realmente es su hijo, resultando indispensable que la voluntad del sujeto haya estado viciada. Que, atendiendo a la edad, condición y sexo del demandante, es improbable que haya mediado intimación al extremo que obligue al demandante a firmar el reconocimiento del menor, por lo que la sentencia de primera instancia carece que motivación al respecto.

**SEGUNDO.** - Que, el recurso de casación se ha interpuesto por supuesta vulneración al artículo 395 del Código Civil; expresamente se ha indicado que dicho dispositivo no impide que se puedan ejercer las acciones pertinentes para demandar, en sede judicial y con pruebas idóneas, la nulidad o anulabilidad del reconocimiento de paternidad.

**TERCERO.-** Que, quien aborde el tema de la identidad reparará de inmediato en la tremenda dificultad de responder por qué se es el que se es<sup>90</sup>. En una serie de libros, pero

---

<sup>90</sup> Durante todo un año –se dijo– Teseo ha estado navegando por los mares del mundo. Al concluir este período se percató de que su nave se ha ido deteriorando, razón por la cual la saca a un dique y empieza a repararla. Pero la reparación, que le lleva un año entero, es más seria de lo que en principio pensó, de manera que al final todas las piezas del barco han sido sustituidas por otras exactamente iguales a las originales. Concluida la tarea Teseo vuelve a lanzarse al mar. No es, sin embargo, el único que lo hace. Pues mientras Teseo iba reparando su buque e iba desechando las piezas antiguas, un rival suyo iba cogiéndolas, restaurándolas una a una y ensamblándolas

fundamentalmente en “**Tiempo y Narración**”<sup>91</sup> (I, II y III) Ricoeur ha construido la idea de identidad personal sobre la base de la identidad narrativa. Para Ricoeur “únicamente la identidad narrativa puede hacer de verdad compatible el cambio con la coherencia de una vida”. El filósofo francés ha establecido la unidad entre tiempo y narración, asunto que no le parece contingente, sino absolutamente esencial, en tanto “el tiempo se hace tiempo humano en la medida en que se articula en un modo narrativo y la narración alcanza su plena significación cuando se convierte en una condición de la existencia temporal”. En esa perspectiva, el hombre es un sí mismo por la singularidad de sus historias, por la trama de las mismas, por la conexión entre cada una de las narraciones y por el tiempo en que suceden sus quehaceres, porque lo que interesa no es el tiempo de los relojes sino el tiempo histórico de su propia existencia.<sup>92</sup>

**CUARTO.** - Hay, por consiguiente, una identidad que se va labrando en el diario acontecer, en la cotidianidad. Ella es un asunto de la propia libertad y se labra en el proyecto que el propio ser humano lanza para su existencia. Por ello uno es idéntico a sí mismo –más allá de los golpes del destino, de los cambios físicos, de las transformaciones espirituales- porque ha vivido su propio tiempo narrativo y porque ha sido –apelando a una expresión de Ortega- “novelista de si mismo”<sup>93</sup>. “Yo soy el que soy”, le dice Dios a Moisés y su propia eternidad lo explica. Uno es el que es porque es nuestra historia vital la que nos enlaza en el tiempo.

**QUINTO.** - Que, en esa perspectiva, si bien la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, no es el único registro que permita entender ésta, lo que no implica que no deba reconocerse dicho acercamiento.<sup>94</sup>

---

*en un barco exactamente igual al de Teseo, con el que también se hace a la mar por las mismas fechas”. El ejemplo es de Hobbes. Aquí se trate la recensión que de él hace Mariano Rodríguez González en “El problema de la identidad personal”. Biblioteca Nueva, Madrid. 2003. Pág. 39.*

<sup>91</sup>Ricoeur, Paul. *Tiempo y Narración* (I, II y III). México. Siglo XXI. 1984. 1985

<sup>92</sup> Una reseña sobre el trabajo de Paul Ricoeur en “**el problema de la identidad personal**”. Mariano Rodríguez Gonzales. En esta obra además, pero citando a D. Denett (*La Conciencia explicada. Una teoría interdisciplinar*) el autor (p. 163) recuerda la importancia del Yo como centro de gravedad narrativa, recurriendo para ello a la literatura. “Piensen en Ishmael, de Moby-Dick. “Llámenme Ishmael”, así es como empieza la novela, y nosotros obedecemos. No llamamos Ishmael al texto, ni llamamos Ishmael a Melville. ¿A quién o a qué llamamos Ishmael? Llamamos Ishmael a Ishmael”.

<sup>93</sup> Ortega y Gasset, José. **Historia como sistema**. Revista de Occidente. Tercera edición. 1958, p. 39

<sup>94</sup>Angela Aparisi Miralles ha señalado que si el valor de la vida humana está en su genoma, solo puede seguir que su valor dependerá de la calidad del mismo, lo que importa propiciar un “control de calidad genética” y la subsiguiente eugenesia. En: **Genoma Humano, Dignidad y Derecho**. En [www.unav.es/derecho/biblioteca\\_virtual](http://www.unav.es/derecho/biblioteca_virtual))



**SEXTO.-** Que, en efecto, a pensar de su importancia,<sup>95</sup> el dato biológico otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se irá realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva. De allí que se haya señalado que el derecho a la identidad constituye: “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad” presentándose bajo dos aspectos “uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se exploya en el mundo de la intersubjetividad”.<sup>96</sup>

**SÉTIMO. -** Que siendo ello así cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental, pues considerar que el dato biológico es incuestionable implica otorgar una “sanidad” a un hecho que puede ceder ante otras realidades. Eso significa un reduccionismo –tan absurdo como el de las presunciones incuestionables- que no puede tolerarse, el mismo que, por ejemplo, en un libro ya clásico, le hizo decir a Edward O. Wilson que los

<sup>95</sup> Sin rechazar el componente biológico, Atahualpa Fernández se ha preguntado sobre el origen del universo jurídico. Con claridad ha dicho: “Muchos siglos de debate sobre el origen del Derecho (y de la ética) podrían reducirse a la siguiente alternativa: o bien los preceptos éticos y jurídicos, tales como la justicia y los derechos humanos, aparecen gracias a la naturaleza humana –con el resultado de que existen unas reglas innatas sobre los comportamientos y unos universales morales determinados por nuestra naturaleza- o bien esos preceptos éticos y jurídicos son invenciones humanas socialmente construidas –en el sentido de que nada existe en el mundo del Derecho y de la ética al margen del acuerdo o del desacuerdo humano”. Fernández señala que la explicación neodarwinista convencional sostiene que el Derecho supone una ventaja adaptativa. El considera que la pregunta que debe hacerse no es ¿por qué creamos el Derecho? Sino ¿qué constituye la ventaja selectiva o adaptativa del Derecho? En su trabajo –sin descuidar los componentes culturales- trata de dar una respuesta a su inquietud expresando que “el derecho aparece y se justifica por la necesidad de competir con éxito en una vida social compleja”, añadiendo que ella fue la que provocó “presiones selectivas a favor de órganos de procesamiento cognitivo capaces de manejar el universo de normas y valores”. En suma, el Derecho no es un constructo intelectual, sino que aparece como parte de nuestra naturaleza “a partir de un largo y tortuoso proceso coevolutivo”. Con todo, a pesar de ser la naturaleza humana la que impone las “reglas de juego”, no impone el resultado final, pues ella también se nutre de la historia humana. Fernández, Atahualpa. *Derecho y naturaleza humana*. En. [www.filosofiyderecho.com](http://www.filosofiyderecho.com). Revista Telemática de filosofía del Derecho No. 8. 2004/2005, ISSN 1575-7382)

<sup>96</sup> Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992. Pp. 113 y 114. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional número 2273-2005-PHC/TC señala: fundamento 22: “La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no solo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos”.

comportamientos genéticos también explicaban la conducta humana y que la ética debía trasladarse de la filosofía al campo de la biología.

**OCTAVO.-** Que, en buena cuenta, cuando se impugna la paternidad de una persona ella no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí mismo en el proyecto continuo que es su vida.<sup>97</sup> En ese contexto, no puede ignorarse la propia voluntad lanzada al exterior,<sup>98</sup> tanto más si la identidad es un derecho, pero es también un deber, por lo que los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido, más aún si ello ha provocado la existencia de documentación a favor de alguien y una historia compartida que no puede eliminar de manera unilateral.

**NOVENO. -** Que, es verdad que, en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional. Ello no ocurre aquí, pues, como se ha señalado, la demanda ha sido planteada sin ser respaldada por medio probatorio alguno. No es, por consiguiente, el mero capricho el que posibilita amparar este tipo de peticiones. Tal vía sería una invitación para que cualquier persona, en cualquier momento y sin mediar causa alguna que justifique su pedido, impugne la paternidad que ha mantenido a lo largo de los años. Ese hecho sí constituiría una infracción a la identidad porque siendo esta proyectiva, es decir, realizándose de manera continua, en el uso de la libertad y de las querencias propias que una relación familiar general, podría ser cuestionada por la simple voluntad de una persona que aceptó la paternidad de un menor y que luego la rechaza para incumplir con las obligaciones que tiene con éste.

**DÉCIMO. -** Que, por ello, ante la ausencia de prueba, lo que tiene que admitirse es que tal voluntad era plena y que el demandante de manera libre aceptó la paternidad del menor con las consecuencias que ello acarrea. Para casos como esto resultan de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber

---

<sup>97</sup> Wilson, Edward O. *Sociobiología: una nueva síntesis*. Omega. 1980.

<sup>98</sup> Que la Sala Superior ha evaluado adecuadamente cuando sostiene en el numeral 5.4 de la sentencia que “no se determina en los actuados la presencia de dolo y violencia” que permitan suponer la existencia de una voluntad viciada.



con certeza la identidad de una persona) como al menor y su familia (que han labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer al padre) que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten dicha impugnación por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.

**DÉCIMO PRIMERO.** - En esa perspectiva, el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, ha sido diseñado para la defensa de los intereses del menor. Así, la norma es clara al indicar que: “el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad”. De otro lado, el mismo Código al que se ha hecho referencia menciona que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior. Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por el menor; no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que tiene consigo el menor. Ello, de ninguna forma, supone preservar el interés superior del menor; por el contrario, lo menoscaba y perjudica.

**DÉCIMO SEGUNDO.** - Que, tal perjuicio no puede ser tolerado, más aún si la Convención sobre los Derechos de los Niños en su artículo 8 establece que: “1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán presentar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

**DÉCIMO TERCERO.** - Que, de otro lado, las normas legales expresamente prescriben: i) que el reconocimiento es irrevocable (artículo 395 del Código Civil; y ii) que el plazo de impugnación es de noventa días a partir de que se tuvo conocimiento del acto (artículo 400 del Código Civil). No hay ninguna razón en el presente caso para descartar dichos dispositivos legales, más aún ante la inexistencia de pruebas sobre el supuesto vicio de voluntad alegado.



**DÉCIMO CUARTO.** - Que, el Tribunal Constitucional, en el expediente número 4444-2005-PHC/TC ha señalado que el “derecho a la identidad comprende el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica”. Luego, en la sentencia dictada en el expediente número 2273-2005-PHC/TC, ha indicado que: “entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Carga Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). Precepto que se encuentra recogido por el artículo 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño y por el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, reconociendo como uno de los Derechos Civiles de los niños, el derecho a su identidad, pues expresamente señala: “el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.

**DÉCIMO QUINTO.** - Que, por consiguiente, no existe infracción alguna al artículo 395 del Código Civil, por lo que el recurso de casación debe ser declarada infundada.

Por estos fundamentos, de conformidad con la Fiscal Suprema Titular en lo Civil, cuyo dictamen obra en la página veintiocho del cuadernillo de casación y en atención al artículo 397 del Código Procesal Civil. **MI VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante Ítalo David Verástegui Valenzuela (Página ciento veintiocho), contra la sentencia de vista de fecha veinte de diciembre de dos mil trece (página ciento veintiuno), en consecuencia **NO SE CASE** la resolución de vista; **SE DISPONGA** la publicación de la resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Ytalo David Verástegui Valenzuela contra Olga Yanet López Estela, sobre impugnación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial; y se devuelva.-

**S. CALDERÓN PUERTAS.**

## MATRIZ DE SISTEMATIZACIÓN N° 1

### RESULTADOS DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS ABOGADOS PARTICULARES ESPECIALISTAS EN LO CIVIL

ITEM	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
1	B	A	C	C	C	B	C	C	A	C	C	C	C	C	C	C	C	C	A	C
2	C	A	A	A	C	B	A	B	A	B	C	A	B	B	A	B	A	A	A	B
3	B	A	A	C	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A
4	C	A	B	A	A	C	A	C	A	A	B	C	A	A	A	C	A	A	A	C
5	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A
ITEM	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	21	32	33	34	35	36	37	38	39	40
1	C	C	A	C	B	C	C	C	C	C	C	C	C	C	C	A	C	B	C	A
2	A	B	A	C	A	B	B	A	A	C	B	A	B	A	C	A	A	B	B	A
3	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A

4	C	A	B	A	A	C	A	A	C	A	A	C	A	A	A	B	A	A	A	C
5	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	B	A
ITEM	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60
1	C	C	A	C	C	B	C	C	C	C	C	A	C	C	B	C	A	C	C	C
2	A	A	B	A	C	A	B	A	A	A	C	A	B	A	B	C	B	B	B	A
3	A	A	A	A	A	A	A	C	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A
4	C	A	A	B	A	A	C	A	A	C	A	C	B	A	C	A	A	A	C	A
5	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A
ITEM	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	71	72	73	74	75	76	77	78	79	80
1	C	C	C	C	A	C	C	C	C	C	A	C	C	C	B	C	A	C	C	B
2	C	A	B	A	C	A	B	B	A	B	A	B	A	A	C	A	A	B	B	A
3	A	A	A	A	B	A	A	C	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A
4	C	A	B	A	A	C	A	A	C	A	A	C	A	B	A	A	A	A	C	A
5	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A



ITEM	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	81	92	93	94	95	96	97	98	99	100
1	C	A	C	B	C	C	C	C	C	A	C	C	A	C	C	C	C	C	C	B
2	B	A	A	B	C	A	B	A	A	B	A	A	B	C	A	B	B	A	A	C
3	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	C	A
4	C	A	B	A	A	C	A	A	A	C	B	A	A	A	C	A	A	A	A	C
5	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A
ITEM	101	102	103	104	105	106	107	108	109	110	111	112	113	114	115	116	117	118	119	120
1	C	A	C	B	A	C	C	C	C	C	C	C	A	C	C	B	C	C	C	C
2	A	C	A	B	B	A	B	A	A	B	C	A	A	A	B	B	A	C	B	A
3	A	C	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A
4	B	A	A	C	A	A	C	A	C	A	A	C	A	B	A	A	A	A	C	A
5	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A

ITEM	121	122	123	124	125	126	127	128	129	130	121	132	133	134	135	136	137	138	139	140
1	C	C	A	C	C	B	C	C	C	C	A	C	C	C	C	A	C	C	C	C
2	C	A	A	B	A	B	A	C	A	A	B	A	A	C	B	A	B	B	A	A
3	A	A	A	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	C	A	A	A	A	A
4	C	B	A	A	C	A	A	B	A	A	C	A	A	C	A	C	A	A	C	B
5	A	A	A	A	B	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A
ITEM	141	142	143	144	145	146	147	148	149	150	151	152	153	154	155	156	157	158	159	160
1	A	C	C	A	C	C	C	C	A	C	C	C	B	C	C	A	C	C	C	C
2	B	A	A	A	C	A	B	A	B	B	A	C	A	A	A	B	A	B	A	C
3	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A
4	C	B	A	A	A	C	A	A	A	C	A	B	A	A	C	A	A	A	C	B
5	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	B	A	A	A	A	B	A	A	A	A
ITEM	161	162	163	164	165	166	167	168	169	170	171	172	173	174	175	176	177	178	179	180
1	A	C	C	C	C	A	C	C	B	C	C	C	C	A	C	C	C	C	C	C

[illegible]



4	C	B	A	C	A	B	A	A	C	A	A	A	C	A	B	A	A	C	A	A
5	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	B	A	A
ITEM	221	222	223	224	225	226	227	228	229	230	221	232	233	234	235	236	237	238	239	240
1	C	B	C	C	C	C	A	C	C	C	A	C	C	C	A	C	C	C	C	C
2	B	A	C	A	A	A	A	B	A	C	A	B	A	C	A	C	A	B	A	A
3	A	A	A	B	A	A	C	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A
4	C	B	A	A	C	A	C	A	C	B	A	C	A	A	C	A	C	A	A	B
5	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A
ITEM	241	242	243	244	245	246	247	248	249	250	251	252	253	254	255	256	257	258	259	260
1	B	C	A	C	C	C	A	C	C	C	C	A	C	C	C	C	C	C	C	C
2	A	C	A	B	A	B	A	A	A	B	A	B	A	C	A	C	A	C	A	C
3	A	A	A	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A
4	C	B	A	A	C	A	A	B	C	A	A	C	A	C	A	B	A	A	C	A
5	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	B	A

ITEM	261	262	263	264	265	266	267	268	269	270	271	272	273	274	275	276	277	278	279	280
1	C	C	C	A	C	C	C	B	C	C	A	C	C	C	B	C	C	C	A	C
2	B	A	A	A	C	A	A	A	A	C	A	C	B	A	B	A	C	C	A	A
3	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A
4	C	B	A	C	A	C	A	C	A	B	A	A	C	A	A	A	B	A	A	C
5	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	B	A
ITEM	281	282	283	284	285	286	287	288	289	290	281	292	293	294	295	296	297	298	299	300
1	C	C	B	A	C	C	C	C	A	C	C	C	A	C	C	C	C	C	B	C
2	C	A	A	A	A	B	A	A	B	C	A	B	A	A	A	A	C	A	C	A
3	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A
4	C	B	A	C	A	A	A	C	A	A	C	B	A	A	A	C	A	A	A	B
5	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	A
ITEM	301	302	303	304	305	306	307	308	309	310	311	312	313	314	315	316	317	318	319	320
1	C	C	C	A	C	C	C	A	C	C	B	C	A	C	C	C	C	C	B	C





ITEM	341	342	343	344	345	346
1	C	C	A	C	C	B
2	A	C	B	A	C	A
3	B	A	C	A	A	A
4	B	A	A	C	B	A
5	A	B	A	B	A	A

